Über die einstweilige Zulassung eines unlegitimierten Vertreters im Falle des § 85 (89) C.-P.-O.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Königl. Württemberg. Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Ludwig Carbyn

Gerichtsassessor in Crefeld.

Genehmigt am 29. Juli 1899.

— Crefeld. —

J. B. Klein'sche Buchdruckerei, M. Buscher, Lithograph. Anstalt

1899.

Über die einstweilige Zulassung eines unlegitimierten Vertreters im Falle des § 85 (89) C.-P.-O.

Inaugural-Dissertation
der
juristischen Fakultät
der
Königl. Württemberg. Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Ludwig Carbyn
Gerichtsassessor in Crefeld.

Genehmigt am 29. Juli 1899.

— Crefeld. —
J. B. Klein'sche Buchdruckerei, M. Buscher, Lithograph. Anstalt
1899.

Die in Klammern beigefügten Ziffern bedeuten die Nummerierung der betr. Paragraphen der C.-P.-O. in der Fassung der auf Grund des Gesetzes vom 17. Mai 1898 erfolgten Bekanntmachung vom 20. Mai 1898.

Litteratur.

1. Kommentare.

1. von Bülow: Die Civilprozeßordnung 1879.
2. Endemann: Der deutsche Civilprozeß 1878.
3. Förster: Die Civilprozeßordnung für das deutsche Reich 1886.
4. Gaupp: Civilprozeßordnung 3. Aufl. 1897.
5. Petersen: Die Civilprozeßordnung für das deutsche Reich 1883.
6. Reincke: Die deutsche Civilprozeßordnung 3. Auflage.
7. von Sarwey: Die Civilprozeßordnung für das deutsche Reich 1879.
8. Seuffert: Kommentar zur Civilprozeßordnung 7. Aufl. 1895.
9. Struckmann-Koch: Die Civilprozeßordnung für das deutsche Reich 6. Aufl. 1895.
10. Wilmowski-Levy: Civilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz 7. Aufl. 1895.

2. Hand- und Lehrbücher.

1. Fitting: Der Reichscivilprozeß 9. Aufl. 1898.
2. Hellmann: Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts 1886.
3. Planck: Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts 1887.
4. Remelé: Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts 1878.
5. Schmidt: Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts 1898.
   Dazu derselbe: Die Änderungen des Civilprozeßrechts nach den Novellen des Jahres 1898 — 1898.
6. Wach: Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts 1885.

3. Monographien.

1. Barazetti: Zur Lehre von der Prozeßfähigkeit. 1884.
2. Boas: Die Ehefrau als Prozeßpartei im Gebiete des preuß. Allgemeinen Landrechts (Gruchot. 29. Jahrgang 1885).
3. Bolgiano: Über die Folgen des Mangels der Prozeßfähigkeit in der Zeitschrift für den deutschen Civilprozeß von Busch. Bd. V. 1882.
4. Eccius: Die Stellung des Richters bei der Terminsbestimmung im Falle einer Ladung durch die Partei (Gruchot. 29. Jahrgang 1885).

5. Fortenbach: Prüfungsrecht bei der Terminbestimmung (Busch VIII 1885).
6. Friedländer: Der falsus procurator auf Seiten des Klägers im Reichscivilprozeß (civ. Arch. Bd. 85 S. 332.)
7. Just: Civilprozeßrechtliche Kontroversen (civ. Arch. Bd. 68 1885).
8. Kohler: Der Prozeß als Rechtsverhältnis. 1888.
9. Nessel: Civilprozeßrechtliche Erörterungen (Gruchot. 30. Jahrgang 1886).
10. Osterloh: Die Lehre von den prozeßhindernden Einreden nach deutschem Civilprozeßrechte (Busch Bd. III 1881).
11. Petersen: Die prozeßhindernden Einreden und deren Verhältnis zu anderen Einreden (Busch Bd. II 1880).
12. Pfizer: Die Folge der nicht ordnungsmäßigen Ladung. (Gruchot. 31. Jahrgang 1887).
13. Derselbe: Die Einrede der mangelnden Prozeßfähigkeit (Busch Bd. 13, 1889).
14. Schneider: Erörterungen zur Civilprozeßordnung (civ. Arch. 66. Band 1880).
15. Schwalbach: Die Prozeßvoraussetzungen im Reichscivilprozeß (civ. Arch. 63. Band 1880).
16. Derselbe: Über Rechtshängigkeit und formelle Rechtskraft (civ. Arch. 64. Band 1881).
17. Derselbe: Über die Zeitbestimmungen im Civilprozesse (civ. Arch. 66. Band 1883).
18. Ulbricht: Die vollmachtlose Stellvertretung im Reichscivilprozeß (civ. Arch. 78. Band 1892).
19. Weismann: Hauptintervention und Streitgenossenschaft. 1884.

4.

Hahn: Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung.

5.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft.

§ 1.

Einleitung:
Bedeutung der Vollmacht und ihres Mangels im Allgemeinen.

Unmittelbare Stellvertretung, deren Wirkungen direkt ohne besonderen übertragenden Rechtsakt bei der vertretenen Person eintreten, ist, wie bei allen nicht höchst persönlichen Rechtshandlungen des modernen Privatrechts, so auch im Civilprozeß hinsichtlich der Prozeßhandlungen zulässig.[1] Diese Stellvertretung ist jedoch den Parteien als ein Recht, dessen Ausübung in ihrem Belieben steht, nur in dem Verfahren vor den Amtsgerichten, dem sog. Parteiprozeß, gestattet, während sie sich in dem Verfahren vor den Landgerichten und den Gerichten höherer Instanz als eine den Parteien obliegende Verpflichtung darstellt.

Durch die Schaffung des sog. Anwaltsprozesses, durch den es den Parteien in den vorerwähnten Fällen zur ausdrücklichen Pflicht gemacht wird, sich durch einen beim Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt vertreten zu lassen, gewinnt die direkte Stellvertretung erhöhte Bedeutung für den Prozeß.

Die beinahe schrankenlose Zulassung von Stellvertretern, deren Kreis nur einerseits durch die Prozeßfähigkeit, andererseits aber im landgerichtlichen und höherinstanzlichen Verfahren durch die Zulassung des als Prozeßbevollmächtigten fungierenden Rechtsanwalts beim Prozeßgerichte begrenzt ist,[2] birgt aber die Gefahr der Nichtigkeit nicht nur einzelner Prozeßhandlungen, vielmehr des ganzen Prozesses in sich. Denn die von dem Vertreter vorgenommenen Prozeßhandlungen haben nur dann die in § 81 (85) C.-P.-O. vorgesehene Wirkung, d. h. sie verpflichten die Partei nur dann unmittelbar, wenn der Vertreter die Vertretungsmacht hat. Hat er sie nicht, so kann er die Partei nicht verpflichten. Für ihn selbst tritt eine verpflichtende Wirkung ebensowenig ein. Weder das Gericht noch der Gegner verhandelt mit ihm als einer Partei, sondern nur als dem

1) Mit Ausnahme jedoch der Eidesleistung.

2) Vgl. auch § 143 (157) C.-P.-O.

Vertreter einer solchen. Auf die Person des Vertretenen sind alle Prozeßhandlungen, sowohl des Gegners wie die des Gerichts gerichtet. Das ganze Verfahren, das sich an die Thätigkeit eines Vertreters ohne Vertretungsmacht anknüpft, kann die beabsichtigte Wirkung nicht haben, ist wertlos, sofern nicht der Mangel wirksam gehoben wird, weil der Vertreter, dem die Legitimation zur Sache fehlt, im Prozesse nicht wirksam darüber zu bestimmen und keine die Rechte der Parteien berührende richterliche Thätigkeit herbeizuführen befugt ist.

Wirkungslos ist jedoch die Prozeßthätigkeit des Vertreters nur unter der Voraussetzung, daß die von ihm vertretene Partei die Prozeßführung nicht genehmigt. Wird die Genehmigung nicht erteilt, so ist der der Prozeßthätigkeit des Vertreters anhaftende Mangel unheilbar geworden und das ganze auf die Prozeßführung des unlegitimierten Vertreters sich aufbauende Verfahren ist nichtig. Ist auf Grund des nichtigen Verfahrens ohne Berücksichtigung der Nichtigkeit ein Urteil ergangen, so unterliegt dieses der Anfechtung, d. h. der Vernichtung durch Rechtsmittel oder Nichtigkeitsklage.[1])

Diese Nichtigkeit des Prozesses sowohl wie die dadurch hervorgerufene Vernichtbarkeit des Urteils zu vermeiden, liegt im öffentlichen Interesse. Die Rechtsordnung verlangt, daß die Organe des Staates, vor allem diejenigen, denen die Gewährung des Rechtsschutzes obliegt, nicht zwecklos in Thätigkeit treten, daß vielmehr das von ihnen erstrebte Ziel, die Gewährung des Rechtsschutzes, auch erreicht werde. Gewiß haben auch die Parteien ein Interesse an der Vermeidung nichtiger Prozesse. Der öffentlichen Ordnung ist jedoch durch einen zweiten vielleicht erfolgreichen Prozeß nicht gedient. Der Schaden liegt hier auf rein idealem Gebiete und ist unheilbar. Es ist daher in der Natur der Sache begründet, wenn die Prozeßordnung besondere Maßregeln zur Verhütung nichtiger Prozeßhandlungen trifft. Als ein besonders wirksames Mittel zu deren Verhütung darf man die Offizialthätigkeit des Gerichts ansehen, wonach das Gericht in allen Fällen, in denen ein das Verfahren insgesammt oder einzelne Prozeßhandlungen mit Nichtigkeit bedrohender Umstand zu seiner Kenntnis gelangt, von Amtswegen, im Gegensatz zur Verhandlungsmaxime, sofort alle Mittel in Anwendung zu bringen hat, durch welche die Nichtigkeit vermieden wird.

Auf dieser Erwägung beruht die Bestimmung des § 84 (88) C.-P.-O., wonach das Gericht den Mangel der Vollmacht von

[1]) Ulbricht S. 60. — Weismann S. 113.

Amtswegen zu prüfen hat. Diese Prüfung ist jedoch nur im Parteiprozeß Amtspflicht des Gerichts, während im Anwaltsprozeß die Prüfung der Vollmacht den Rechtsanwälten überlassen bleibt, da, wie die Begründung zu § 82 des Entwurfs S. 107 besagt, die Anwälte nicht nur befähigt sind, ihre Vollmacht gegenseitig zu prüfen, sondern ihre Stellung auch die Garantie gewährt, daß sie diese Prüfung ordnungsmäßig vornehmen werden. Es ist daher dem Gerichte im Anwaltsprozesse die Möglichkeit genommen, die Vernichtung einzelner Prozeßhandlungen oder gar des ganzen Prozesses wegen Mangels der Vollmacht zu verhindern. Darin liegt eine Durchbrechung des vorhin erwähnten Prinzips, daß nichtige Prozeßhandlungen nach Möglichkeit vermieden werden müssen.[1])

Noch mehr aber wird dieses Prinzip durchbrochen durch die Bestimmung des § 85 (89) C.-P.-O. Durch diesen Paragraphen ist dem Gerichte sogar die Möglichkeit gegeben, nichtige Prozeßhandlungen, deren Vornahme es verhindern könnte, durch eigene Thätigkeit herbeizuführen. Der § 85 (89) C.-P.-O. bestimmt nämlich:

„Handelt jemand für eine Partei als Geschäftsführer ohne Auftrag oder als Bevollmächtigter ohne Beibringung einer Vollmacht, so kann er gegen oder ohne Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden zur Prozeßführung einstweilen zugelassen werden."

§ 2.

Die einzelnen Fälle des § 85 (89).

Der § 85 (89) hat zwei verschiedene Fälle im Auge, die jedoch hinsichtlich der hier erörterten Frage gleicher Behandlung unterliegen.

Es ist dies zunächst der Fall der Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio).[2])

Es führt jemand den Prozeß für einen anderen, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber aus einem anderen Rechtsverhältnisse (Dienst-, Werk- oder Gesellschaftsvertrag) dazu berechtigt zu sein. Er führt den Prozeß in der erkennbaren

1) Der Entwurf eines Gesetzes betr. Abänderung der C.-P.-O. sah auch für den Anwaltsprozeß die Offizialprüfung vor. Diese Aenderung hat jedoch die Zustimmung des Reichstags nicht gefunden.

2) Vgl. §§ 677 ff. B. G.-B.

Absicht, nicht sich, sondern die Partei zu verpflichten, obwohl ihm die Vertretungsmacht mangelt.[1])

Im zweiten Falle ist zwar die Berechtigung zur Prozeßführung im fremden Namen mit unmittelbarer Wirkung für die Partei vorhanden; die Vollmacht, d. h. die auf einer Willenserklärung des Vertretenen beruhende Vertretungsmacht liegt vor.[2]) Der Mangel der Vollmacht besteht hier darin, daß der Vertreter sie nicht nachzuweisen vermag, und zwar ist ihm der Nachweis unmöglich mittels der im Prozesse zulässigen Beweismittel. Die Prozeßordnung verlangt zum Nachweise der Vollmacht im § 76 (80) die schriftliche Form und zwar muß eine Privaturkunde auf Verlangen des Gegners gerichtlich oder notariell beglaubigt werden.[3])

Der zweite Fall des § 85 (89) C.-P.-O. liegt mithin dann vor, wenn der Bevollmächtigte seine Vollmacht nicht schriftlich in Form einer öffentlichen oder einer Privaturkunde beibringt; er liegt ferner dann vor, wenn die schon beigebrachte Privaturkunde auf Verlangen des Gegners nicht gerichtlich oder notariell beglaubigt wird. Zur Wahrung der öffentlichen Ordnung, zur Verhütung nichtiger Prozeßhandlungen verlangt die Prozeßordnung zum Nachweise der Vollmacht die schriftliche Form, und sie stellt denjenigen, der für die Zukunft seine Vertretungsmacht nicht durch eine schriftliche oder beglaubigte Bevollmächtigungsurkunde nachzuweisen vermag, dem Unbevollmächtigten gleich, und die vielleicht thatsächlich vorhandene Vertretungsmacht, sowie das zwischen ihm und dem Vertretenen bestehende Rechtsverhältnis bleibt unberücksichtigt. Für den Prozeß ist festgestellt, daß keine Beziehungen zwischen dem Vertreter und dem angeblich Vertretenen bestehen, daß mithin der § 81 (85) C.-P.-O., demzufolge die von dem Bevollmächtigten vorgenommenen Handlungen für die Partei in gleicher Weise verpflichtend sind, als ob sie von ihr selbst vorgenommen wären, keine Anwendung findet. Die Prozeßhandlung, event. das ganze Verfahren, ist als nichtig zu behandeln, wie beim völligen Mangel der Vertretungsmacht (s. o. S. 6).[4])

---

1) Vgl. § 177 B.-G.-B.

2) Im § 85 (89) versteht die Prozeßordnung unter „Vollmacht" die Urkunde, welche die Erklärung der Bevollmächtigung enthält.

3) Nach den Motiven S. 101 genügt auch die Erklärung zu Protokoll des Prozeßgerichts und Aufnahme der Vollmacht in das Sitzungsprotokoll.

4) Ein trotzdem ohne Berücksichtigung des Mangels ergehendes Urteil ist jedoch nicht ungiltig, da die Vollmacht ja immer noch nachgewiesen werden kann und hierin besteht der Unterschied dieser Fälle von dem erstgeschilderten, in dem die Vertretungsmacht überhaupt fehlt. [§ 85 Abs. 2, 542 Ziff. 4 (89, 579) C.-P.-O.]

§ 3.

Zweck der Bestimmung des § 85.
Zeitpunkt und Zulässigkeit ihrer Anwendung.

Die Bestimmung des § 85 (89) C.-P.-O., wonach das Gericht befugt ist, den Vertreter, dessen Befugnis zur Prozeßführung mit einem der vorhingeschilderten Mängel behaftet ist, zur Prozeßführung einstweilen zuzulassen, ist aus Gründen der Nützlichkeit getroffen worden.

Es ist bereis erwähnt, daß im Falle die Prozeßführung des unlegitimierten Vertreters die Genehmigung der vertretenen Partei nicht findet, die ganze Prozeßführung des Vertreters der Nichtigkeit anheimfällt. Solange hingegen noch die Möglichkeit der Genehmigung vorliegt, ist die Frage, ob Nichtigkeit des Prozesses eintritt oder nicht, unentschieden, in der Schwebe.[1]) Dieser Schwebezustand wird durch die Zulassung des unlegitimierten Vertreters nach § 85 (89) verlängert und damit die Möglichkeit einer nachträglichen Genehmigung erhöht, die Möglichkeit hingegen, daß der Prozeß der Nichtigkeit anheimfalle, verringert. Denn macht der Richter von seinem Rechte (s. u. S. 11), die Konsequenzen des Mangels der Vollmacht sofort zu ziehen, mithin die Prozeßführung des Vertreters sofort als nichtig zu behandeln, keinen Gebrauch, so giebt er damit dem Vertreter Gelegenheit, die Vollmacht, die er vielleicht momentan beizubringen verhindert ist, zu einem späteren Zeitpunkte nachzubringen und so nachträglich noch die Nichtigkeit des Prozesses zu verhüten.

Zur Anwendung des § 85 (89) liegt dann Gelegenheit vor, wenn der Vertretungsbefugnis irgend ein Mangel anhaftet, der an und für sich Nichtigkeit der Prozeßhandlung zur Folge hat. Die Frage, in welchem Stadium des Prozesses das Gericht frühestens von dem ihm durch § 85 (89) verliehenen Rechte Gebrauch machen kann, deckt sich daher mit der anderen Frage: wann muß oder darf das Gericht sich mit Prüfung der Vollmachtsfrage überhaupt befassen?

Berücksichtigt man das schon mehrfach erwähnte öffentliche Interesse an der Vermeidung nichtiger und damit zweckloser Prozeßhandlungen, so erhellt, daß das Gericht sobald wie irgend möglich[2]) die Vollmachtsfrage zu prüfen hat.

---

1) Wach S. 595. — Ulbricht S. 62.
2) Vgl. Begründung S. 107.

Im Parteiprozesse ist diese Prüfung Amtspflicht des Gerichts. Die erste Möglichkeit der Prüfung und damit der Eintritt der Verpflichtung des Gerichts ist die erste mündliche Verhandlung. Der Vorsitzende hat nicht etwa bei der Terminsbestimmung das Recht oder sogar die Pflicht der Prüfung der Vollmacht. Schon der Wortlaut des § 84 Abs. 2 weist darauf hin, daß dem Vorsitzenden, d. h. im vorliegenden Falle dem die Funktionen des Vorsitzenden versehenden Amtsrichter, bei der Terminsbestimmung die Prüfung des Vollmachtspunktes nicht zusteht. Denn nicht der Vorsitzende, sondern das Gericht hat den Mangel der Vollmacht zu berücksichtigen.[1]) Die Terminsbestimmung ist eine Thätigkeit des Vorsitzenden, nicht etwa des Gerichts (§ 193 [216]) und wenn man auch mit Nessel bei Gruchot Band XXX S. 82 in der Terminsbestimmung nicht lediglich einen mechanischen Akt, sondern einen Akt richterlicher Amtsthätigkeit erblicken darf, so greift doch die Prüfung der Frage, ob derjenige, von dem die zur Terminsbestimmung eingereichte Klageschrift herrührt, auch die erforderliche Vollmacht besitzt, weit über das Prozeßleitungsamt hinaus in die nur dem Gerichte zustehende Befugnis zur Sachentscheidung hinein. Die Ausübung derselben ist aber vor der ersten mündlichen Verhandlung unmöglich. Während daher im übrigen die Frage, inwieweit dem Vorsitzenden bei der Terminsbestimmung ein Prüfungsrecht zustehe, eine außerordentlich bestrittene ist, geht die Meinung der überaus größten Anzahl der Autoren im Anschluß an die Motive (S. 158 und 109), die dem Vorsitzenden ein Prüfungsrecht überhaupt nicht zuerkennen, dahin, daß eine Prüfung der Vollmacht bei der Terminsbestimmung unstatthaft sei.[2])

Im Anwaltsprozesse ist jedoch dem Gerichte die Möglichkeit genommen, die Nichtigkeit des Verfahrens zu vermeiden; hier ist es den Parteien überlassen, ob sie den Mangel der Vollmacht rügen wollen, oder nicht. Sie haben es in der Hand, hier trotz des ihnen vielleicht bekannten Mangels den Prozeß fortzusetzen und so nichtige Prozeßhandlungen herbeizuführen. Sie können sogar das Gericht zwingen, trotz des dem Gerichte bekannten Mangels ein Urteil zu fällen, das der Nichtigkeit unterliegt. Der Richter muß abwarten, bis ihm

---

1) So Wilmowski-Levy und Gaupp Anm. zu § 193.

2) Anderer Meinung wohl nur Eccius bei Gruchot 29 S. 6, aber auch für den Fall, daß man in der von einem unlegitimierten Vertreter angestellten Klage nicht eine eigene Klage des falschen Vertreters findet, welche Auffassung jedoch von Eccius nicht vertreten wird.

der Mangel durch Rüge des Gegners zur Berücksichtigung unterbreitet wird; erst dann existiert der Mangel für ihn.

Auch hierfür ist dem Prinzipe der Mündlichkeit gemäß der früheste Termin die erste mündliche Verhandlung.[1])

Steht nun der Mangel der Vollmacht für das Gericht fest, im Parteiprozesse infolge der Offizialprüfung, im Anwaltsprozesse infolge der Rüge des Gegners, so stehen dem Gerichte zwei Wege offen, die es einschlagen kann. Entweder es zieht die Konsequenzen des Mangels sofort und berücksichtigt die Nichtigkeit der von dem unlegitimierten Vertreter vorgenommenen Prozeßhandlungen unmittelbar, nachdem der Mangel als feststehend vom Gerichte angesehen wird oder aber es schafft die Möglichkeit ihrer Heilung, indem es den Vertreter zur Prozeßführung einstweilen zuläßt. Die durch diese Bestimmung geschaffene Möglichkeit weiterer nichtiger Prozeßhandlungen wird für den Richter bestimmend sein bei der Frage, wann er denn eigentlich von dem ihm im § 85 (89) C.-P.-O. gegebenen Rechte Gebrauch machen soll. Er wird sich klar machen müssen, daß er durch den § 85 (89) nicht der Pflicht enthoben ist, nach Kräften nichtige Prozeßhandlungen zu verhüten. Zwar ist es dem Richter — das beweist die Fassung des § 85 (89) — freigestellt, wann es den unlegitimierten Vertreter zur Prozeßführung einstweilen zulassen will. Aber dieses freie richterliche Ermessen bedeutet nicht richterliche Willkür. Es enthebt den Richter nicht der Pflicht sorgfältigster Prüfung des Einzelfalles. Sein freies Ermessen findet seine Grenze in der Beobachtung der ihm obliegenden vorhin erwähnten Amtspflicht. Ausgeschlossen ist daher von vornherein die Anwendung des § 85 (89) in denjenigen Fällen, in denen eine Hebung des Mangels als ausgeschlossen zu betrachten ist. Niemals kann eine prozeßunfähige Person als Vertreter einstweilen zugelassen werden. Im Anwaltsprozesse ist die Zulassung ausgeschlossen bei einem Anwalte, der nicht beim Prozeßgerichte zugelassen ist.[2])

Niemand hat auch ein Recht darauf, vom Gerichte zur Prozeßführung zugelassen zu werden. Auch bedarf es keines besonderen dahingehenden Antrages. Das richterliche Ermessen allein entscheidet. Maßgebend wird für den Richter sein, daß wenigstens die Möglichkeit der Heilung vorliegt. Er wird dabei die persönlichen Beziehungen des Vertreters zu dem angeblich Vertretenen, die Stellung des Vertreters, sein ganzes Vorbringen berücksichtigen, überhaupt alle Umstände, die für

---

1) So Gaupp Anm. zu § 84. — Ulbricht S. 84.

2) So Reincke Anm. zu § 85. — Gaupp Anm. 1 zu § 85 — Begr. S. 109.

oder dagegen sprechen, daß die Heilung des Mangels erfolgen werde.

Die Zulassung ist statthaft in jedem Stadium des Prozesses, selbst bei dem Antrage auf Versäumnisurteil gegenüber der Partei, für welche der unlegitimierte Vertreter auftritt, wenn auch ein Grund zur Abweisung des Vesäumnisurteils nach § 300 (335) C.-P.-O. nicht vorliegt.

Sie ist zulässig beim Erscheinen des Vertreters sowohl wie bei seinem Ausbleiben, mag die Gegenpartei erscheinen oder nicht. Im Anwaltsprozesse muß jedoch im letzteren Falle in einem früheren Termine der Vollmachtsmangel gerügt worden sein.[1])

§ 4.

Bestimmung einer Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden Fristbestimmung.

Das freie Ermessen des Gerichts bei der Zulassung des unlegitimierten Vertreters findet insoweit noch eine Erweiterung, als es in das Belieben des Gerichts gestellt ist, ob es den Vertreter gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstweilen zulassen will. Ob das Gericht die eine oder andere Form wählen will, steht bei ihm. Eine Sicherheitsleistung wird wohl dann angeordnet werden, wenn es nach Lage des Falls höchst zweifelhaft ist, ob die Genehmigung erfolgen werde, wenn die Gefahr der Entstehung eines Schadens naheliegt.

Diese Sicherheit wird nicht geleistet für den Gegenstand des Prozesses selbst, sondern im Gegensatze zum gemeinen Civilprozesse nur für die durch die Prozeßführung des unlegitimierten Vertreters entstehenden Kosten und Schäden.[2])

Die Leistung der Sicherheit hat zu erfolgen nach den Regeln der §§ 101 (108) ff. C.-P.-O. Wird eine Sicherheitsleistung für erforderlich gehalten und vom Gerichte angeordnet, so tritt die Zulassung erst in Wirksamkeit, wenn die thatsächlich erfolgte Sicherheitsleistung dem Gerichte nachgewiesen wird, vorausgesetzt natürlich, daß das Gericht, wozu es jeder Zeit in der Lage ist, das Erfordernis der Sicherheitsleistung nicht auf-

---

[1]) So Wach S. 596 Anm. 6. — Ulbricht S. 96 u. 97. — Anscheinend jetzt auch Gaupp, der in der 1. Auflage S. 276 noch die entgegengesetzte Auffassung vertrat, in den neueren Auflagen den Fall nicht mehr erwähnt.

[2]) Vgl. Begründung S. 109.

gibt und unterdessen den Vertreter ohne Sicherheitsleistung zuläßt.[1])

Um dem Vertreter Gelegenheit zur Leistung der Sicherheit und zum Nachweise derselben zu geben, setzt das Gericht ihm eine Frist, während welcher jede sonstige Thätigkeit des Gerichts und der Parteien, welche ein Fortschreiten des Verfahrens zur Folge hätte, eingestellt wird.[2])

Gaupp Anm. 1. zu § 85 spricht hier von einem Ruhen des Verfahrens. Diese Bezeichnung erscheint bedenklich, da sie zu der falschen Auffassung führen könnte, als ob die Bestimmung einer Frist zur Sicherheitsleistung einen Stillstand des Verfahrens im Sinne des § 228 (251) C.-P.-O zur Folge habe. Nur ein Stillstand in der Thätigkeit des Gerichts und der Parteien tritt ein. Auf den Lauf der gesetzlichen, wie auch der richterlichen Fristen hat die Bestimmung der Frist keinerlei Einfluß Anders im Falle des § 228 (251).

Verläuft die Frist fruchtlos, so erfolgt die Zulassung überhaupt nicht.

Das Gesetz hat die einstweilige Zulassung aus Nützlichkeitsgründen gestattet, dabei aber Vorsorge getroffen, daß kein allzu großer Schaden entstehen kann.

Diesem Zwecke dient die im zweiten Satze der § 85 (89) getroffene Bestimmung, daß das Endurteil erst nach Ablauf der zur Beibringung der Genehmigung zu bestimmenden Frist erlassen werden darf. Der Wortlaut läßt erkennen, daß zunächst das Gesetz die ausdrückliche Bestimmung einer Frist als Regel hinstellen will, daß also dem Vertreter schon von vornherein eine zeitliche Grenze seiner Befugnisse gesetzt werden soll. Es muß auf jeden Fall eine solche Frist gesetzt werden, bevor nach Zulassung eines Vertreters das Endurteil gefällt werden darf. Das Gesetz will also nicht, daß der Prozeß durch einen Richterakt zu seinem Ende geführt werde, bevor feststeht, ob das bisherige Verfahren rechtsbeständig oder unwirksam war. Wenn daher das Gesetz es unter Umständen auch zuläßt, daß eine Reihe von Prozeßhandlungen vorgenommen wird, die den Keim der Vernichtung in sich tragen, das richterliche Urteil, der Schlußstein des ganzen Gebäudes, soll vor diesem Schicksale möglichst bewahrt bleiben.

---

1) Wilmowski-Levy Anm. zu § 85.

2) Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß das Gericht das Erfordernis der Sicherheitsleistung unterdessen fallen läßt. In diesem Falle nimmt dann das Verfahren mit dem unlegitimierten Vertreter seinen Fortgang.

§ 5.

Form der Zulassung.

Einer besonderen Form bedarf die Entscheidung, durch welche der Vertreter zur Prozeßführung einstweilen zugelassen wird, nicht.

Während Ulbricht S. 96 einen Gerichtsbeschluß für erforderlich erachtet, bedarf nach der Meinung von Gaupp, Reincke[1]) und Seuffert, Anm. zu § 85, die Zulassung keiner förmlichen Entscheidung. Nach ihnen besteht die Zulassung in der Verhandlung mit dem unlegitimierten Vertreter; sie könne aber eine förmliche Entscheidung nach sich ziehen, wenn der Gegner ihr widerspreche. Die Entscheidung erfolge dann durch Zwischenurteil oder in den Gründen des Endurteils.

Schon oben S. 11 ist bemerkt, daß es ganz dem Ermessen des Gerichts überlassen ist, ob es die Konsequenzen des Vollmachtsmangels sofort ziehen, also die bisherige Prozeßthätigkeit des unlegitimierten Vertreters als nichtig behandeln und die Entscheidung sofort fällen, oder ob es die Möglichkeit der Hebung des Mangelsschaffen, den Vertreter einstweilen zulassen und somit die Entscheidung noch aufschieben will. Ob das Gericht den einen oder anderen Weg einschlagen soll, diese Frage ist lediglich vom Standpunkte der Nützlichkeit im Sinne einer möglichst guten Prozeßleitung zu beantworten. Es handelt sich bei der Zulassung nicht um die Ausübung der Entscheidungs-, sondern um die der Prozeßleitungsthätigkeit des Gerichts.[2]) Diese im vorliegenden Falle nach außen hin zum Ausdrucke und den Parteien zur Erkenntnis zu bringen, dazu genügt das thatsächliche Verhandeln mit dem unlegitimierten Vertreter. An und für sich ist daher eine förmliche Entscheidung nicht geboten, ein trotzdem ergehender Beschluß eine überflüssige, wenn auch unschädliche Maßnahme (s. auch unten. S. 15 Anm. 3.). Widerspricht hingegen der Gegner der Zulassung, dann ist es allerdings erforderlich, daß das Gericht seinen Willen durch eine förmliche Entscheidung erklärt und diese Willenserklärung erfolgt im Falle, daß das Gericht die Zulassung bestätigt, durch zu verkündenden Beschluß, der nach § 530 (567) nicht mit der Beschwerde anfechtbar ist.[3])

---

[1]) In der Anm. zu § 54 vertritt Reincke hingegen den Standpunkt, die einstweilige Zulassung habe durch zu verkündenden Beschluß zu erfolgen. Eine Begründung für diese verschiedene Behandlung der §§ 54 und 85 ist nicht gegeben.

[2]) So Ulbricht S. 98.

[3]) A. M. Ulbricht S. 98.

Enthält sie eine Zurückweisung des Vertreters, so genügt es, wenn sie in den Gründen des zu erlassenden Endurteils (hierüber siehe unten § 11) enthalten ist.

Von einem Zwischenurteile,[1]) welches beim Widerspruche des Gegners die Zulassung auszusprechen hätte, kann mit Rücksicht auf die prozeßleitende Natur der Maßregel nicht gut die Rede sein. Es handelt sich weder um ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel, noch um einen Zwischenstreit unter den Parteien im Sinne des § 275 (303) C.-P.-O.

Letzterer betrifft, wie allgemein, auch von Gaupp und Reincke zu § 275 anerkannt, niemals rein prozeßleitende Anordnungen, und man kann daher ein Zwischenurteil im vorliegenden Falle nur dann zulassen, wenn man abweichend von der hier vertretenen Ansicht in der Zulassung des unlegitimierten Vertreters nicht eine blos prozeßleitende Maßregel erblicken will.

Die Bestimmung der Frist selbst, die sofort bei der Zulassung oder auch erst später erfolgen kann, jedenfalls aber vor Erlaß des Endurteils erfolgen muß, wie auch die Festsetzung der Sicherheitsleistung hat durch zu verkündenden Beschluß zu geschehen.[2]) [3])

§ 6.

Widerruflichkeit der Zulassung.

Bindung des Gerichts durch die Fristbestimmung.

Die einstweilige Zulassung ist als lediglich prozeßleitende Maßregel an und für sich jederzeit widerruflich.

Der Richter muß in der Lage sein, die von ihm gewählte Art der Prozeßleitung, sobald er sie als unpraktisch erkannt hat, aufzugeben und zu einer andern von ihm für besser erachteten überzugehen. Es liegt durchaus kein Grund vor, dem

---

1) Vergl. Gaupp, Anm. I zu § 85. — Reincke, Anm. zu § 85. — Seuffert, Anm. I zu § 85.

2) Reincke, Anm. zu § 85.

3) Wird die Frist oder die Sicherheitsleistung sofort mit der Zulassung bestimmt so wird sich in der Praxis auch die Zulassung selbst nach außenhin als Beschluß darstellen, da der Beschluß, durch welchen die Frist oder Sicherheitsleistung bestimmt wird, in jedem Falle auch die Zulassung selbst nicht unerwähnt lassen wird.

Richter, der bei der Frage, ob er den unlegitimierten Vertreter zulassen sollte oder nicht, völlig freie Hand hatte, nunmehr die Prüfung der Frage, ob diese prozeßleitende Maßregel Bestand haben solle, nicht zu gestatten und ihn so zu zwingen, bei der von ihm für unpraktisch und unnütz erkannnten Art der Prozeßleitung zu beharren.

Von den Autoren, die sich über die Frage der Widerruflichkeit der einstweiligen Zulassung geäußert haben, erklären Ulbricht S. 98 und Planck S. 237 die Zulassung als eine prozeßleitende Verfügung für unbedingt widerruflich, während Wilmowski-Levy, Anm. 3 zu § 85 den gerade entgegengesetzten Standpunkt vertreten. Nach ihnen ist die einmal bewilligte Zulassung nicht widerruflich. Eine Begründung für diese Auffassung wird nicht gegeben.

Reincke und Gaupp nehmen nicht ausdrücklich Stellung zu dieser Frage. Hält man mit ihnen aber in gewissen Fällen den Erlaß eines Zwischenurteils für geboten, so ist sicher in den Fällen des Zwischenurteils das Gericht nach § 289 (318) an seine Entscheidung gebunden.[1])

In gleicher Weise steht es im Belieben des Gerichts, den Beschluß, durch den dem unlegitimierten Vertreter eine Sicherheitsleistung auferlegt wird, jederzeit wieder aufzuheben oder einem Vertreter, der ohne Sicherheitsleistung zugelassen ist, eine solche aufzugeben.

Eine Bindung des Gerichts tritt erst dann ein, wenn die zur Beibringung der Genehmigung dienende Frist gesetzt worden ist. Diese ist eine richterliche Frist und kann daher durch Vereinbarung sowohl als auch auf Antrag der Parteien,[2]) wenn erhebliche Gründe geltend gemacht werden, vom Gerichte verlängert oder verkürzt werden. (§ 202) (224) C.-P.-O.

Eine Verlängerung ist z. B. am Platze, wenn ausreichend dargethan wird, daß die Genehmigung bisher noch nicht beigebracht werden konnte, dies jedoch innerhalb einer neuen Frist erwartet werden darf. Eine Verlängerung oder Verkürzung von Amtswegen ist nicht zulässig.[3]) Jedoch kann eine Verlängerung der Frist durch das Gericht auf die Weise bewirkt werden, daß das Gericht nach fruchtlosem Verlauf der Frist die Zulassung wiederholt, was die Anberaumung einer neuen Frist zur Folge haben würde.

---

1) Seuffert Anm. zu § 85 hält allerdings, obwohl auch er für ein Zwischenurteil sich ausspricht, die Zulassung für unbedingt widerruflich.

2) Wilm.-Levy Anm. 3 zu § 54. — Reincke zu § 54. — Petersen S. 100. — Seuffert S. 82.

3) Reincke, Anm. zu § 202. — Struckmann-Koch, Anm. 3 zu § 202.

Durch die Fristbestimmung ist dem Gerichte die Möglichkeit einer anderen Art der Prozeßleitung genommen. Es ist gezwungen, das Ende der Frist abzuwarten. Ein Gebundensein des Gerichts an die Fristbestimmung ohne gleichzeitige Bindung durch die Voraussetzung derselben, die Zulassung des unlegitimierten Vertreters, wäre sinnlos.

Eine Abkürzung der Frist ist ferner auch dann möglich, wenn der Mangel vor Ablauf der Frist geheilt wird oder die Gewißheit eintritt, daß eine Heilung nicht erfolgen wird.[1]) Denn damit ist die Voraussetzung und der Zweck der gerichtlichen Maßregel fortgefallen.

§ 7.

Zulässigkeit des Rügeverzichts und Einfluß desselben auf die Zulassung.

Die einstweilige Zulassung hat zur Voraussetzung die Konstatierung des Vollmachtsmangels durch das Gericht, sei es in Folge der Prüfung von Amtswegen, sei es im Anwaltsprozesse nach erfolgter Rüge des Gegners. S. o. S. 9.

Im Anwaltsprozesse ist es des letzteren Wille, der das Gericht zur Prüfung der Vollmacht nötigt und so die Anwendung des § 85 (89), die einstweilige Zulassung des unlegitimierten Vertreters, ermöglicht. Hat nun dieser weitgehende Einfluß auf die Zulassung des Vertreters auch Bestand, oder tritt der Parteiwille, nachdem das Gericht einmal mit der Prüfung des Vollmachtsmangels befaßt worden ist, in den Hintergrund und kann diese Prüfung dem Gerichte durch Verzicht nicht mehr entzogen werden, selbst wenn die Genehmigung nicht erfolgt?

Würde diese Frage bejaht, so würde damit die Voraussetzung der einstweiligen Zulassung in Wegfall kommen. Das Auftreten des Vertreters wäre dann nicht mehr durch die Gestattung des Gerichts gerechtfertigt. Die Berechtigung würde in diesem Falle vielmehr auf den Willen des Gegners beruhen.

Soweit der sogenannte Parteiprozeß in Frage kommt, herrscht kein Streit darüber, daß bei der absolut zwingenden Fassung des § 84 Abs. 2 (hat zu berücksichtigen) das Gericht unter allen Umständen die aus dem Vollmachtsmangel resultierenden Konsequenzen selbst gegen den Willen der Prozeßbeteiligten zu ziehen hat. Von einem Verzicht, von einer

---

1) Ulbricht S. 99, Anm. 93. — Wach S. 596, Anm. 5.

Zurücknahme der Rüge kann hier keine Rede sein. Ist also im Parteiprozeß die zur Beibringung der Genehmigung bestimmte Frist fruchtlos verlaufen, so muß das Gericht den Mangel bei seiner Entscheidung berücksichtigen und es kann von dieser Pflicht durch den Gegner nicht entbunden werden.

Im Anwaltsprozesse, also insoweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist, liegt die Sache aber anders. Es ist oben dargestellt worden, wie bei diesem das Gesetz von dem Prinzip abgewichen ist und die Prüfung des Vollmachtspunktes zunächst in die Hände der Parteien gelegt, das Gericht aber nur dann damit befaßt hat, wenn die Partei selbst diese Prüfung verlangt. Es ist den Parteien aber ein Zwang, die Vollmachten gegenseitig zu prüfen und bei entstehenden Zweifeln das Gericht zur Nachprüfung aufzufordern, nicht auferlegt, sie können rügen, sie haben das Recht, aber nicht die Pflicht, eine Nachprüfung des Gerichts zu veranlassen. Sie können daher, wenn es ihnen beliebt, sich für Nichtausübung dieses Rechts entscheiden. Weshalb soll nun demjenigen, dessen freier Entschließung es überlassen ist, ob er eine Thätigkeit des Gerichts in dieser Beziehung veranlassen will oder nicht, verwehrt sein, diese Thätigkeit wiederum zu hemmen? Oder sollte das öffentliche Interesse, welches das Gesetz den Rechtsanwälten anvertrauen zu können glaubte, infolge der Rüge plötzlich so groß geworden sein, daß seine Wahrung nun unbedingt dem Gerichte anzuvertrauen ist? Aber selbst wenn das wäre, würde doch eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung erforderlich sein, durch welche der für den Anwaltsprozeß durchbrochene Grundsatz der Officialprüfung in gewissen Fällen wieder hergestellt würde. Eine solche existiert aber nicht. Der Satz, daß im Anwaltsprozesse das Gericht den Mangel der Vollmacht nur nach Rüge zu berücksichtigen hat, enthält den anderen, daß diese Berücksichtigung nur in soweit stattzufinden hat, als die Rüge von dem Rügenden aufrecht erhalten wird. Ist das Entstehen des gerichtlichen Prüfungsrechts von der Rüge abhängig, so ist es auch das weitere Bestehen. Das Recht entsteht und fällt mit der Rüge. Auf diesem Standpunkte stehen Gaupp, Anm. II zu § 84, Seuffert S. 131, Wilmowski Levy, Anm. zu § 84, Petersen S. 168 und wohl auch Reincke zu den §§ 84 und 85, während namentlich Ulbricht S. 85 und 86 den entgegengesetzten Standpunkt einnimmt. Er sucht ihn mit der Behauptung zu stützen, daß „im Anwaltsprozesse die eigene Pflicht des Gerichts, von sich aus für die Bereinigung des Vollmachtspunktes Sorge zu tragen, wirksam werde."

Eine Begründung dieses Satzes durch eine positive Gesetzesbestimmung findet sich nicht; der Hinweis auf das öffentliche Interesse S. 85, 86 ist eben deshalb verfehlt, weil das nun einmal geltende Recht im Anwaltsprozesse mit Absicht dieses Interesse hat in den Hintergrund treten lassen und nur gleichzeitig mit dem analogen Parteiinteresse gewahrt wissen will. Es kann also auch nach fruchtlosem Fristablauf wenigstens im Anwaltsprozesse derjenige, auf dessen Anregung hin das Gericht in die Prüfung des Vollmachtspunktes eingetreten ist, durch Zurücknahme der Rüge die Vernichtung des Verfahrens verhindern. Es erlangen dann trotz des Vollmachtsmangels alle Prozeßhandlungen in gleicher Weise volle Wirkung, wie wenn der Vollmachtsmangel niemals gerügt worden wäre. Der Gesetzgeber, der die Prüfung der Vollmacht den Anwälten mit Rücksicht auf ihre Stellung vertrauensvoll überließ, darf wohl aus demselben Grunde zu dem Anwaltsstande das Vertrauen haben, daß er nur in geeigneten Fällen von seinem Verzichtsrechte Gebrauch macht. Die ratio legis trifft auch in diesem Falle zu.

§ 8.

Thätigkeit des Vertreters und des Gerichtes.

Die durch das Prozeßgericht erfolgende Zulassung des unlegitimierten Vertreters ermächtigt, wie die Motive S. 110 bemerken, den nicht legitimierten Vertreter zur wirksamen Vornahme aller Prozeßhandlungen, verpflichtet den Gegner zur Verhandlung mit dem zugelassenen Vertreter und ermöglicht die vorläufige Verhandlung des Prozesses bis auf die Fällung des Endurteils. Er wird eben vorläufig so angesehen und so behandelt, als ob er zur Prozeßführung legitimiert wäre. Er kann daher auch alle Anträge stellen und alle Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen. Zur Erhebung einer Widerklage dürfte er jedoch nicht von vornherein, sondern nur dann berechtigt sein, falls auch nach der Richtung hin eine Zulassung erfolgt. Die Widerklage bedeutet eben inhaltlich einen neuen Prozeß.[1])

Selbst eine Beendigung des Prozesses durch nichtrichterliche Thätigkeit ist zulässig. Er kann sogar vor Ablauf der Frist seinem Ende entgegengeführt werden durch Zurücknahme der Klage oder durch Vergleich.[2]) Diese können also auch von

---

1) Wilmowski-Levy Anm. zu § 85. — Löning bei Busch IV S. 70, 73.

2) Vergl. Kohler S. 61. — Ulbricht S. 107. — Schneider S. 271 ff.

und mit dem unlegitimierten, aber einstweilen zugelassenen Vertreter erklärt und geschlossen werden. Geschieht dies, so ist das Gericht mit der Sache nicht weiter befaßt, das Verfahren beendet und der Fristablauf ohne jede Bedeutung.

Ob der Vergleich jedoch für oder gegen die Partei, für welche er abgeschlossen wurde, wirksam ist, hängt ebenfalls von der Genehmigung ab. Wird dieselbe nicht erteilt, so gilt auch der Vergleich als nicht geschlossen und das Verfahren als nicht beendet.

Wird im Falle der Zurücknahme der Klage von dem Beklagten der Antrag auf Verurteilung des Klägers in die Kosten des Rechtsstreites gestellt (§ 243 (271) Abs. 3 C.-P.-O.), so wird man zu unterscheiden haben, ob auch die Klage von dem unlegitimierten Vertreter erhoben und eine Heilung des Mangels noch nicht erfolgt ist oder ob der Klageerhebung kein Mangel anhaftet. Im ersteren Falle wird, wenn die Prozeßthätigkeit des Vertreters die Genehmigung nicht findet, aus den im § 12 näher ausgeführten Gründen Verurteilung des Vertreters in die Kosten erfolgen müssen, wobei es im Belieben des Gerichtes steht, ob es dem Vertreter erst noch eine Frist zur Beibringung der Genehmigung setzen will oder nicht, während im zweiten Falle der Ablauf der zur Beibringung der Genehmigung zu setzenden Frist abzuwarten ist. Wird die Genehmigung beigebracht, so steht dem Erlaß des Urteils nichts mehr im Wege; — wird die Genehmigung versagt, so wird damit der Zurücknahme der Klage durch den unlegitimierten Vertreter jede Bedeutung genommen und von dem Urteile aus § 243 (271) kann nicht mehr die Rede sein.[1])

Das Gericht verhandelt mit dem zugelassenen Vertreter, als ob seine Legitimation in Ordnung wäre. Es beschließt auf seine Anträge, erläßt Beweisbeschlüsse und Zwischenurteile[2]) und läßt das Verfahren fortschreiten, wie es für zweckdienlich gehalten wird. Nur das Endurteil darf es nicht erlassen, es müßte denn sein, daß vor Ablauf der Frist die Genehmigung beigebracht oder aber versagt wird. In keinem anderen Falle aber darf vor Ablauf der Frist das Endurteil erlassen werden. Als solches Endurteil ist jedes Voll- und Teilurteil, mag es

---

[1]) Event. jedoch Versäumnisurteil gegen die nicht erschienene Partei.

[2]) Es wird sich jedoch empfehlen, Zwischenurteile nach Möglichkeit zu vermeiden, da sie, wenn der unlegitimierte Vertreter die Vollmacht oder die Genehmigung nicht beizubringen vermag, als völlig überflüssig und zwecklos sich erweisen würden. Die Bemerkung Ulbrichts S. 105, 106 hinsichtlich der Zwischenurteile nach § 248, daß das sich mit dem Charakter des Urteils als eines autoritativen Ausspruchs des Staatswillens nicht vertrage, trifft für alle Zwischenurteile zu.

nun unbedingt erlassen oder aber von der Leistung eines Eides abhängig gemacht sein, jedes contradiktorische und jedes Contumacialurteil anzusehen.

Es ist jedes Endurteil unzulässig, d. h. jedes Urteil, wodurch der Rechtsstreit für die Instanz erledigt wird, mag nun das Urteil nur eine absolutio ab instantia oder aber eine Sachentscheidung enthalten. Eine Ausnahme in dieser Beziehung ist, wie gesagt, nur dann zu machen, wenn die Genehmigung oder die Versagung der Genehmigung schon vor Ablauf der Frist eintritt. Wach, S. 597 macht noch folgende Ausnahme: „Wird der Vertreter des Beklagten säumig, so steht dem Erlaß des Versäumnisurteils ungeachtet des noch nicht eingetretenen Fristablaufs kein Hindernis entgegen. Denn es kann nicht die Absicht des Gesetzes sein, den Beklagten besser zu stellen, für den ein vollmachtloser Vertreter prozessiert, als denjenigen, welcher den Bevollmächtigten bestellt. Das Ausbleiben des Defensors stellt den Beklagten vertretungslos und wirkt daher eine logisch notwendige Ausnahme von § 85. Es steht ebenso, als wenn der dominus vor dem Fristablauf erklärt, daß er nicht ratihabiere."

Nach Wach ist mithin bei Ausbleiben des für den Beklagten auftretenden unlegitimierten Vertreters das Versäumnisurteil stets zu erlassen, ohne Unterschied, ob der Prozeß durch Zustellung der Klageschrift an den unlegitimierten Vertreter eingeleitet (ursprünglicher Mangel) oder ob die Einleitung des Prozesses gegen den Vertretenen oder einen legitimierten Vertreter herbeigeführt und erst während des Prozesses ein unlegitimierter Vertreter aufgetreten ist.

Darüber, daß sicherlich dann von der Erlassung eines Versäumnisurteils keine Rede sein kann, wenn der Mangel der Vollmacht von Anfang an vorhanden, wenn also die Klage gegen einen unlegitimierten Vertreter erhoben war, darüber siehe u. § 11.

Uebrigens schlägt hier aber auch schon das Argument Ulbrichts S. 102 durch. Wollte man nämlich den Erlaß des Versäumnisurteils in diesem Falle gestatten, so wäre damit der Zweck des § 85 (89), Heilung des Mangels durch eine etwaige nachträgliche Genehmigung zu erzielen, nicht erreicht.

Ulbricht, der aus diesem Grunde den Erlaß des Versäumnisurteils bei ursprünglichem Mangel verwirft, läßt jedoch eine Ausnahme von der Regel des § 85 (89) C.-P.-O. zu, nämlich dann, wenn der Vertretene zu dem fraglichen Termine selbst geladen war, zu welchem Niemand für ihn erschien oder wenn die Ladung zu einem früheren Termine an ihn selbst

erfolgt ist und der damals für ihn eingetretene Unbevollmächtigte jetzt ausbleibt.

Entgegen dieser Ansicht soll hier mit Gaupp, Anm. III zu § 85 die Auffassung vertreten werden, daß ein Versäumnisurteil überhaupt nicht zulässig ist und zwar auch selbst dann nicht, wenn die Klage zwar richtig erhoben, der Vollmachtsmangel aber erst später eingetreten ist. Es ist zuzugeben, daß Ulbricht in Konsequenz seiner Anschauungen, wonach der über die Zulassung ergehende Beschluß sich als eine prozeßleitende Verfügung darstellt und als solcher jeder Zeit widerruflich ist, das Versäumnisurteil hier für zulässig erklären kann. Hält man aber mit uns das Gericht für an die Frist gebunden, dann liegt kein Grund vor, entgegen dem klaren Wortlaute des Gesetzes in diesem Falle eine Ausnahme zu statuieren. Die Zulassung des Versäumnisurteils in diesem Falle bedeutet eben nichts anders als eine Verkürzung der vom Gerichte bestimmten Frist, und eine solche ist von Amtswegen überhaupt nicht und auf Antrag nur unter den Voraussetzungen des § 262 (224) Abs. 2 zulässig, nämlich dann, wenn erhebliche Gründe geltend gemacht werden.

Die Ansicht Ulbricht's und Wach's findet auch im Gesetze keine Stütze. Im Gegenteil, die Fassung des § 85 läßt erkennen, daß die Fällung jeden Endurteils, also auch diejenige jeden Versäumnisurteils unbedingt ausgeschlossen sein soll.

Wie schon vorhin erwähnt, ist das Gericht durch das Verbot des § 85 (89) während laufender Frist an der Fällung von Zwischenurteilen nicht gehindert.

Es erübrigt nur noch eine Besprechung der Frage, ob denn nicht diejenigen Zwischenurteile, die hinsichtlich der Anfechtung durch Rechtsmittel allein oder auch hinsichtlich der Zwangsvollstreckung als Endurteile angesehen werden müssen, §§ 248, 276, 502, 562 (275, 304, 540, 599) C.-P.-O., ebenfalls vor Ablauf der Frist ausgeschlossen sind. Darüber herrscht kein Streit, daß diese Zwischenurteile, soweit sie Sachentscheidungen enthalten, mithin alle mit Ausnahme desjenigen aus § 248 (275) C.-P.-O. als solche anzusehen sind, welche der Regel des § 85 (89) unterliegen. Streitig ist jedoch die Frage, ob das Zwischenurteil aus § 248 (275), also dasjenige, durch welches die prozeßhindernde Einrede verworfen wird, als Endurteil im Sinne des § 85 (89) anzusehen ist. Während Wach S. 597 diese Frage verneint, wird sie von Ulbricht S. 105 bejaht und zwar mit Recht. Würde ein derartiges Zwischenurteil gefällt, so wäre damit die Möglichkeit gegeben,

den Prozeß in eine höhere Instanz zu bringen. Es bedarf nun wohl keiner weiteren Erläuterung, daß damit auch der Frist ihre Bedeutung genommen wäre und sie nicht etwa für die höhere Instanz in der ebenfalls der Vollmachtsmangel der Prüfung des Gerichts unterliegt, ihre Bedeutung behalten würde.

Die Frist, die nach den obigen Ausführungen dem unlegitimierten Vertreter zur Beibringung der Vollmacht oder Genehmigung verbleiben muß, würde mithin vorzeitig beendet und dem Vertreter die Möglichkeit, sie in der Instanz nachzubringen, genommen. Es wäre damit ebenfalls eine Abweichung von dem Grundsatze gegeben, daß die Frist nach ihrer Festsetzung nicht mehr der Verfügung des Gerichts unterliegt, daß es vielmehr an sie gebunden ist. Eine derartige Durchbrechung dieses Grundsatzes ist aber durch nichts gerechtfertigt. Im Gegenteil, praktische Erwägungen sprechen dafür, auch diese Zwischenurteile nicht zuzulassen. Ulbricht S. 105 weist darauf hin, daß, wenn durch das Zwischenurteil die prozeßhindernde Einrede als unbegründet verworfen und hinterher der Prozeß wegen des Vollmachtsmangels vernichtet würde, daß dann das Zwischenurteil vollkommen unnötig und überflüssig ergangen wäre. Zwar trifft diese Bemerkung auf alle Zwischenurteile zu. S. o. S. 20. Anm. 2. Der Unterschied von den sonstigen Zwischenurteilen besteht hier darin, daß hier die Möglichkeit vorliegt, daß das Gericht der höheren Instanz den Prozeß wegen des Vollmachtsmangels in der unteren Instanz als nichtig behandelt, während das untere Gericht durch die einstweilige Zulassung diese Nichtigkeit eben vermeiden wollte. Es liegt auf der Hand, daß eine derartige Korrektur einer Maßregel des unteren Gerichtes durch das Gericht der höheren Instanz dem Ansehen der Rechtspflege nicht förderlich sein kann, daß mithin derartige Korrekturen nach Möglichkeit vermieden werden müssen. Das zu erreichen, wäre das untere Gericht in den Fällen, wo ein Zwischenurteil aus § 248 zu erwarten ist, nur dann in der Lage, wenn es die Prozeßführung des unlegitimierten Vertreters von vornherein als nichtig behandeln, mithin auf das ihm durch § 85 (89) C.-P.-O. verliehene Recht verzichten würde. Das kann aber nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein.

§ 9.

Beibringung der Genehmigung.

Unter Genehmigung versteht man die nachträgliche Zustimmung des Vertretenen zur Handlung des Vertreters,

im vorliegenden Falle also zur Prozeßführung. Sie setzt voraus, daß dem Handelnden eine Berechtigung zum Handeln im fremden Namen fehlte. Das trifft hier nur zu bei der Geschäftsführung ohne Auftrag. Daraus erhellt, daß für den zweiten Fall des § 85 (89), Auftreten eines Bevollmächtigten ohne Beibringung einer Vollmacht, dem Ausdrucke „Genehmigung" eine andere Bedeutung beizumessen ist. Hier war die Thätigkeit des Vertreters eine berechtigte; seine Berechtigung beruhte hier auf der ihm hinsichtlich der Prozeßführung durch den Vertretenen erteilten Vertretungsmacht. Diese Vertretungsmacht vermag er nur nicht in der für den Prozeß gültigen Form nachzuweisen. Es besteht hier somit die Beibringung der Genehmigung in der Führung des Nachweises, daß die vertretene Partei Vollmacht erteilt hatte.[1])

Es verschlägt dabei nach § 85 (89) Abs. 2 (3) nichts, ob die Vollmachtserteilung mündlich oder schriftlich vor sich gegangen ist. Im Falle der Geschäftsführung ohne Auftrag bedeutet die Beibringung der Genehmigung nichts anderes als die Führung des Nachweises, daß der Vertretene nachträglich seine Zustimmung zur Prozeßführung des Vertreters erklärt hat und hier soll es nach § 85 Abs 2 (89 Abs. 3) gleichgültig sein, ob die vertretene Partei die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat, indem er bestimmt, daß die Partei die Prozeßführung gegen sich gelten lassen muß,[2]) wenn sie auch nur mündlich Vollmacht erteilt oder wenn sie die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat.

Die Vollmachtserteilung ist nach der C.-P.-O. ein einseitiges[3]) Rechtsgeschäft, wodurch der Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten oder dem Gegner gegenüber[4]) die Willenserklärung abgiebt, daß die in dem zu führenden Prozesse von dem Bevollmächtigten oder ihm gegenüber vorgenommenen Prozeßhand-

---

1) Dieser Nachweis kann natürlich durch die Beibringung nachträglicher Genehmigung, d. h. nachträglicher Zustimmung des Vertretenen, ersetzt werden.

2) Diesem „muß" entspricht auf der anderen Seite das Recht der Partei, zu verlangen, daß die Prozeßführung für sie gelte. So Ulbricht S. 113.

3) Die C.-P.-O. spricht allerdings in § 83 von einem Vollmachts*vertrage*. Hiergegen Wach S. 568 Anm. 4. Schmidt S. 288.

4) Die Entscheidung der Frage, wann eine unter Abwesenden abgegebene Willenserklärung zur Wirkung gelange, gestaltet sich verschieden, je nachdem man sich auf den Standpunkt der Aeußerungs-, Uebermittlungs-Empfangs- oder Vernehmungstheorie stellt. Diese Streitfrage ist übrigens durch das am 1. Januar 1900 in Kraft tretende B. G.-B. endgültig zu Gunsten der dem Bedürfnisse des Verkehrs am meisten gerecht werdenden Empfangstheorie entschieden. (Vergl. auch H.-G.-B., Art. 320.)

lungen unmittelbar für und gegen den Vollmachtgeber wirken sollen.[1])

Den bisherigen Gesetzgebungen, vgl. Cod. civ. Art. 1984 und preuß. A. L.-R. I. 13 § 5, ist eine scharfe Scheidung zwischen Bevollmächtigung und dem Vertrage, durch welchen Jemandem die Vornahme eines fremden Geschäftes übertragen wird, fremd. Erst in der neueren gemeinrechtlichen Theorie und im H.-G.-B., z. B. Art. 58, 67 u. a., kommt der Gedanke zum Durchbruche, daß es sich bei der Vollmacht um ein selbständiges Rechtsgeschäft handelt. Bei dieser Sachlage ist in Beziehung auf das zur Zeit noch geltende Recht eine Verweisung auf das bürgerliche Recht nicht angängig. Die C.-P.-O. stellt vielmehr für die Vollmachtserteilung ihre eigenen Erfordernisse auf und die Frage, ob eine Vollmachtserteilung vorliegt, ist lediglich nach der C.-P.-O. zu beantworten.[2])

Unter „Genehmigung" versteht man allgemein die einseitige Erklärung des Vertretenen dem Vertreter oder der Gegenpartei gegenüber, daß er zu einer Handlung, welche der Vertreter im Namen des Erklärenden vorgenommen hat, nachträglich seine Zustimmung erteile, daß mithin im vorliegenden Falle die Prozeßführung als von vornherein mit dem Willen des Vertretenen vorgenommen betrachtet werden solle. Bei dem Widerstreit der Anschauungen hinsichtlich der Frage, wann eine unter Abwesenden abgegebene Willenserklärung zur Wirksamkeit gelange, der sich auch in den einzelnen Gesetzgebungen wiederspiegelt, wird man auch hier von einer Verweisung auf das bürgerliche Recht Abstand nehmen müssen.

Für den mit dem 1. Jaunar 1900 eintretenden Rechtszustand wird das jedoch anders. An diesem Tage tritt für das deutsche Reich ein einheitliches bürgerliches Recht in Kraft, in dem die vorstehend erörterten Grundsätze über Vollmachtserteilung und Genehmigung ihren gesetzlichen Ausdruck gefunden haben. Der selbständigen Begriffsbestimmung von Vollmachtserteilung[3]) und Genehmigung bedarf es dann nicht mehr. Es genügt die Verweisung auf das B. G.-B.

---

1) Wach S. 571. Gaupp, Anm. 1 zu § 76.
Diese Erklärung kann, wie die Motive S. 101 besagen, auch zu Protokoll des Prozeßgerichts erfolgen und diese Erklärung genügt dann auch zum Nachweise der zukünftigen Vertretungsmacht.

2) A. M. offenbar Reincke, Anm. 36 zu den §§ 84, 85 C.-P.-O. und Struckmann-Koch, Anm. 5, Abs. 2, zu § 85, die im Anschluß an die Motive in dem Abs. 2 des § 85 gegebenenfalls eine Modifikation des bürgerlichen Rechts erblicken.

3) Inhalt und Umfang bestimmt sich nach wie vor nach der C.-P.-O., vergl. § 81 der C.-P.-O. in der neuen Fassung.

Sowohl die Bevollmächtigung wie auch die Genehmigung sind nach B. G.-B. einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte, und sie erfolgen durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden bezw. dem Geschäftsführer ohne Auftrag, dem ohne Vertretungsmacht Handelnden oder durch Erklärung gegenüber der Gegenpartei §§ 167 Abs. 1, 182 Abs. 1 B. G.-B. Sie können wie alle Willenserklärungen, für die nicht eine ausdrückliche Erklärung verlangt wird, auch stillschweigend erfolgen, d. h. durch Handlungen, welche zwar selbständige Zwecke verfolgen, zugleich aber einen sicheren Schluß auf das Vorhandensein eines bestimmten Willens zulassen.

Nachgewiesen werden muß also, daß eine der vorgenannten Erklärungen ausdrücklich oder stillschweigend abgegeben worden und ferner nach § 130 B. G.-B., daß diese Willenserklärung demjenigen, dem gegenüber sie erklärt werden mußte, wenigstens zugegangen ist. Denn ohne dieses Erfordernis wird die empfangsbedürftige Willenserklärung nicht wirksam.

Dieser Nachweis kann durch alle im Prozesse zulässigen Beweismittel, also auch durch Eideszuschiebung geführt werden.[1]) Erbracht werden muß der Beweis natürlich innerhalb der bestimmten Frist, und das Gericht muß daher Beweismittel, deren Erhebung erst nach Beendigung der Frist möglich wäre, zurückweisen, wenn es nicht vorzieht, auf Antrag unter den Voraussetzungen des § 202 (224) Abs. 2 noch eine Verlängerung der Frist zu bewilligen.

Die Frage, ob eine teilweise Genehmigung möglich wäre, ist meiner Auffassung nach zu verneinen und mit Gaupp, Anm. 15 zu § 85 ist eine Ausnahme nur bezüglich der Dispositionsakte (Vergleich, Verzicht, Anerkennung) zu machen. Wie diese von der Vollmacht ausgeschlossen werden können, § 79 (83) C.-P.-O., so muß die Beschränkung auch bei der Genehmigung zugelassen werden. Im übrigen wird eine nur teilweise Genehmigung der Prozeßführung als Verweigerung der Genehmigung angesehen werden müssen. Weiter gehen Wach S. 59 ff. und Ulbricht S. 111. Nach ihnen ist eine teilweise Genehmigung nur insoweit ausgeschlossen, als der betreffende Rechtsakt von anderen nicht getrennt werden kann. Die teilweise Genehmigung setzt daher, wie Wach S. 599 bemerkt, die Isolierungsfähigkeit des genehmigten Teils voraus. Danach wäre also z. B. bei Teilbarkeit des Streitgegenstandes Genehmigung für den einen Teil, Versagung der Genehmigung für

---

1) Wach S. 570, Anm. 12. — Ulbricht S. 109. — Seuffert, Anm. 3 zu § 85. — Gaupp Anm. 5 zu § 85.

den anderen zulässig, während z. B. die Rechtsmittelinstanz nicht ohne die untere Instanz, auf der sie beruht, genehmigt werden könnte.

Durch die Führung des Nachweises der Bevollmächtigung oder der Genehmigung wird für die Vergangenheit eine Heilung des bis dahin nichtigen Verfahrens herbeigeführt und es kommt für die Vergangenheit nicht mehr darauf an, daß die Vollmacht nicht in schriftlicher, notariell oder gerichtlich beglaubigter Form beigebracht wird. Falls daher der Prozeß nunmehr zur Endentscheidung reif ist, muß dieselbe unter Berücksichtigung der Prozeßführung des einstweilen zugelassenen Vertreters als für die von ihm vertretene Partei bindend erlassen werden. Es ist in diesem Falle so anzusehen, als ob eine Prüfung der Vollmacht im Anfange des Prozesses keinerlei Anstände ergeben hätte, und es ist nicht etwa die andere Partei berechtigt, auf Grund der mangelnden Form für die Vergangenheit auf die Folgen der Vollmachtlosigkeit Anspruch zu machen.

Ist der Prozeß noch nicht zur Entscheidung reif, so bedarf es für die Zukunft jedoch wiederum der Beibringung einer schriftlichen, ev. gerichtlich oder notariell beglaubigten Vollmacht und es ist, wird sie nicht beigebracht, der § 85 (89) wiederum anwendbar.

Durch den § 85 (89) C.-P.-O. ist nicht vorgeschrieben, daß nach fruchtlosem Ablauf der Frist, sofort die Ententscheidung gefällt werden muß. S. o. S. 16.

Der fruchtlose Fristablauf schließt ferner nicht aus die Möglichkeit, die Genehmigung nachträglich mit voller Wirkung für die Instanz beizubringen. Es kann dies vielmehr so lange noch geschehen, als die Instanz überhaupt dauert, also bis zur Verkündung der Entscheidung. Sollte die Verkündung aus irgend welchem Grunde noch nicht sofort nach Ablauf der Frist erfolgen und noch vor derselben eine genügende Vollmacht beschafft werden, so darf nunmehr nicht eine die Prozeßthätigkeit des Vertreters als nichtig behandelnde und darauf begründete Entscheidung gefällt werden.

Diese Prozeßthätigkeit ist vielmehr noch rechtzeitig convalesciert und der Prozeß muß so weitergeführt bezw. entschieden werden, als wenn die Genehmigung während der Frist erbracht worden wäre.[1])

---

[1]) Reincke, Anm. 3a zu § 85. — Seuffert, Anm. 1 zu § 85. — Gaupp, Anm. III zu § 85. — R.-G. 14, S. 433.

§ 10.

Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung nach Ablauf der Frist.

Wenn die einem Prozeßbevollmächtigten vom Gerichte, sei es ex officio, sei es nach erfolgter Rüge, zur Beibringung der Genehmigung gesetzte Frist verstrichen ist, so erhebt sich zunächst die Frage, ob die gerichtliche Prüfung der Vollmachtsfrage einer vorgängigen mündlichen Verhandlung bedarf oder nicht.

Die Civilprozeßordnung kennt ein Verfahren, in dem eine mündliche Verhandlung nicht obligatorisch ist. In einem solchen Verfahren kann es nicht zweifelhaft sein, daß auch die Entscheidung der Vollmachtsfrage ohne mündliche Verhandlung erfolgen kann, wie auch die Prüfung und Entscheidung in der Sache selbst. Im übrigen bestimmt aber die C.-P.-O. sowohl für den ordentlichen Rechtsweg als auch für einzelne besondere Fälle, daß eine richterliche Entscheidung nur nach vorgängiger mündlicher Verhandlung gestattet ist. Diese wird gemäß § 128 (137) C.-P.-O. und zwar in gleicher Weise im Partei- wie im Anwaltsprozesse dadurch eingeleitet, daß die Parteien ihre Anträge stellen. Nach § 127 (136) Abs. 3 kann eine Entscheidung erst verkündet werden, wenn die Sache vollständig erörtert ist. Hieraus folgt, daß auch die für die Parteien erscheinenden Vertreter vor Verkündigung der Entscheidung erst gehört werden müssen, um zunächst die von ihnen etwa behauptete Vertretereigenschaft begründen und beweisen zu können. Erst wenn in der mündlichen Verhandlung sich ergiebt, daß sie keine Vollmacht besitzen, kann das Gericht diesen Umstand in seiner Entscheidung verwerten. Es muß also, selbst wenn der Vollmachtspunkt von Amtswegen zu prüfen ist, den Beteiligten wenigstens Gelegenheit zur mündlichen Verhandlung über denselben bieten. Wenn dann das Gericht, statt eine Entscheidung zu fällen, dem Vertreter eine Frist zur Beibringung der Genehmigung bestimmt, so wird damit ein neues Moment in den Prozeß hineingetragen. Über dieses ist ebenfalls eine mündliche Verhandlung erforderlich, bevor dasselbe als Grundlage für die richterliche Entscheidung dienen kann. Es muß also auch nach Ablauf der Frist wieder ein Termin zur Verhandlung anberaumt und in diesem allen erschienenen Beteiligten, auch dem unlegitimierten Vertreter Gelegenheit gegeben werden, sich über die Sachlage, namentlich über die Frage, ob die Frist thatsächlich fruchtlos verlaufen ist oder nicht, zu äußern und Anträge zu stellen.

Erst bei Prüfung dieser Anträge hat dann das Gericht, sei es von Amtswegen, sei es bei aufrecht erhaltener Rüge den Mangel zu berücksichtigen. Bevor solche Anträge aber in der mündlichen Verhandlung gestellt worden sind, kann das Gericht infolge des Prinzips der mündlichen Verhandlung sich nicht damit befassen, also auch nicht prüfen, ob das betr. Verfahren von einem Unbevollmächtigten unbefugterweise eingeleitet worden ist.

Die Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung wird von der Mehrzahl der Autoren betont, so Wach S. 596, Schneider S. 279 ff.

Gaupp § 84 V 1 dagegen behauptet, der nicht bevollmächtigte Vertreter könne, soweit Officialprüfung stattfinde, schon vor dem Eintritte in die Verhandlung zurückgewiesen werden. Planck, Band II S. 88 ist ebenfalls dieser Ansicht, im Falle, daß der Mangel vom Gegner als Angriffs- oder Verteidigungsmittel noch nicht geltend gemacht worden ist. Dagegen ist aber zu bemerken, daß die C.-P.-O. eine Zurückweisung von Personen, abgesehen von den hier nicht zutreffenden Fällen der §§ 143, 144 (157) C.-P.-O. nicht kennt, sondern nur eine Zurückweisung von Anträgen. Diese können aber nur in einer mündlichen Verhandlung gestellt werden. Die analoge Anwendung der §§ 143 und 144 (157) C.-P.-O., die von Gaupp und Planck zur Begründung ihrer Auffassung befürwortet wird, dürfte mit Rücksicht darauf, daß es sich hier um eine Sonderbestimmung handelt, unzulässig sein.

Falls in dem zur mündlichen Verhandlung angesetzten Termine Niemand erscheint oder keiner der Erschienenen einen Antrag stellt, so kann auch keine Entscheidung des Gerichts ergehen. Die Sache kommt vielmehr nach § 228 (251) C.-P.-O. zum Ruhen. Ein Ruhen des Verfahrens tritt ebenfalls dann ein, wenn ein Antrag, durch eine für den Prozeß nicht als Endentscheidung wirkende Entscheidung des Gerichts zurückgewiesen, weitere Anträge aber nicht gestellt werden.

§ 11.

Entscheidung bei Nichthebung des Vollmachtsmangels.

Die Frage, welche Entscheidung zu fällen sei, wenn das Gericht den Mangel der Vollmacht auch nach Ablauf der Frist nicht für gehoben erachtet, ist sehr bestritten.

Die Motive zur C.-P.-O. S. 110 erklären, daß bei fruchtlosem Ablauf der Frist die von dem unlegitimierten Vertreter

vertretene Partei als nicht erschienen behandelt werde und daher dem Versäumnisverfahren unterliege. Eine Reihe namentlich älterer Autoren schließt sich diesen Ausführungen an, z. B. Petersen, Commentar S. 168, von Bülow S. 54, Nessel S. 60. Diese Meinung wird aber und zwar mit Recht in dieser Allgemeinheit von der herrschenden Meinung verworfen und als nur beschränkt richtig bezeichnet.

Erachtet das Gericht nach mündlicher Verhandlung den Mangel der Vollmacht auch nach Ablauf der Frist nicht für gehoben, so wird es in der nunmehr zu treffenden Entscheidung den Einfluß des Vollmachtsmangels auf das bisherige Verfahren und das zur Beurteilung vorliegende Prozeßmaterial festzustellen haben. In dieser Beziehung ist davon auszugehen, daß der vollmachtlose, unlegitimierte Vertreter im Prozeß nicht etwa für sich, sondern nur für den von ihm angeblich Vertretenen thätig war. Auf dessen Rechtssphäre bezogen sich alle seine Handlungen und Erklärungen. Der fruchtlose Ablauf der vom Gerichte dem unlegitimierten, einstweilen zugelassenen Vertreter bestimmten Frist hat, wie die Motive sich ausdrücken, für das Verfahren die Bedeutung, daß die Genehmigung als versagt zu gelten hat.[1]) Die Prozeßhandlungen des Vertreters, selbst die während der Frist vorgenommenen, sind nunmehr zu Prozeßhandlungen eines Unbevollmächtigten gestempelt; sie sind hinfällig. Sowohl die von dem Vertreter, wie die ihm gegenüber vorgenommenen Prozeßhandlungen sind für das Verfahren wirkungslos. Sie können nicht die Grundlage für eine Entscheidung über die den Gegenstand des Prozesses bildende Sache abgeben. Ob eine Sachentscheidung ergehen kann, hängt davon ab, ob neben der ungültigen Prozeßführung des unlegitimierten Vertreters noch gültige Prozeßhandlungen, sei es durch eigene Thätigkeit der Partei oder durch fremde Thätigkeit, vorliegen. Es trifft dies zu in denjenigen Fällen, in welchen der Prozeß von vornherein von dem Vertretenen oder gegen denselben, von einem berechtigten Vertreter oder gegen einen solchen gültig eingeleitet worden und erst während des Prozesses ein unlegitimierter Vertreter aufgetreten ist, wenn es sich also um einen nachfolgenden Mangel handelt. Es ist dann wenigstens die Klageerhebung, vielleicht auch noch eine Reihe weiterer Prozeßhandlungen materiell gültig. Dieselben bieten, sofern die etwa erforderlichen Anträge gestellt werden, die nötige Grundlage für eine Sachentscheidung.

Für die Frage, ob die Entscheidung in der Form des Versäumnisurteils oder des kontradiktorischen Urteils zu erlassen

[1]) Boas S. 307.

ist, kommt es, wie überhaupt, so auch nach fruchtlosem Fristablaufe nur darauf an, ob auf Seiten einer Partei eine rechtsbedeutsame Versäumnis vorliegt. Ist dies der Fall und dann vom Gegner oder für ihn von einem dazu legitimierten Vertreter der erforderliche Antrag gestellt, so ist das Versäumnisurteil zu erlassen. Handelt es sich um einen nachfolgenden Mangel, so ist die Klage von einem dazu legitimierten durch rechtswirksame Zustellung gültig erhoben, die Parteien sind zum Erscheinen in der mündlichen Verhandlung verpflichtet. Die Partei jedoch, für welche der unlegitimierte Vertreter nach fruchtlosem Ablauf der Frist auftritt, ist nun vertreten durch eine Person, die wirksame Prozeßhandlungen nicht vornehmen kann. Diese Vertretung ist also rechtlich ohne Bedeutung und es muß auf Antrag der Gegenpartei, sofern die übrigen Voraussetzungen der §§ 295, 296 (330, 331) C.-P.-O. vorliegen, das Versäumnisurteil erlassen werden.

Ganz anders liegt hingegen die Sache, wenn bereits die Einleitung des Prozesses durch oder gegen einen unlegitimierten Vertreter herbeigeführt wurde (sog. ursprünglicher Mangel).

Bei ursprünglichem Mangel, der seine Heilung nicht durch nachträgliche Genehmigung oder Beibringung der Vollmacht gefunden hat, sind neben der ungültigen Prozeßführung des unlegitimierten Vertreters rechtswirksame, eine Sachentscheidung ermöglichende Prozeßhandlungen nicht gut denkbar. Denn sobald der Vertretene selbst oder ein legitimierter Vertreter solche Handlungen durch sachliches Eingreifen in den Prozeß vornehmen, müßte darin die nachträgliche Genehmigung der Prozeßführung erblickt werden und der ursprüngliche Mangel wäre wenigstens für die Vergangenheit geheilt.[1]) Leidet also das Verfahren an einem derartigen nicht gehobenen ursprünglichen Mangel, so kann keine Enscheidung in der Sache, die in einem etwaigen neuen Prozeß über denselben Gegenstand und zwischen denselben Parteien den Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache begründen könnte, gefällt werden. Ein Versäumnisurteil kann aber nach den §§ 295, 296 (330, 331) C.-P.-O. immer nur eine Entscheidung zur Sache sein, da es nur erlassen werden kann, wenn die Formalien in Ordnung sind und ein Mangel in den Prozeßvoraussetzungen nicht vorliegt. Daraus ergiebt sich, daß, wie entgegen der Anschauung der Motive nunmehr allgemein anerkannt ist, ein Versäumnisurteil überall da nicht erlassen werden kann, wo der Prozeß von Anfang an mit dem Mangel der Vollmacht behaftet war.

1) Die Genehmigung des Vorhergegangenen bedeutet aber nicht notwendig Vollmachtserteilung für die Zukunft.

Das Gericht kann dann nur die Zwecklosigkeit des Verfahrens konstatieren, indem es die gestellten Anträge zurückweist, nicht etwa weil sie materiell unbegründet sind, das ist überhaupt nicht zu prüfen, sondern weil in diesem Verfahren wegen seiner Mängel nicht darüber erkannt werden darf.

In welcher Weise, insbesondere in welcher Form das zu geschehen habe, ist außerordentlich bestritten.

Zwar steht die überwiegende Anzahl der Schriftsteller auf dem Standpunkte, daß nach fruchtlosem Verlauf der Frist die Zurückweisung der gestellten Anträge, mag nun der ursprüngliche Mangel auf Seiten des Klägers oder des Beklagten vorhanden sein, durch contradiktorisches Endurteil, durch das der Richter die Abweisung der Klage angebrachtermaßen ausspricht (absolutio ab instantia), zu erfolgen habe.[1])

Nicht einig sind jedoch die Anhänger dieser Meinung über die Frage, auf wessen Namen das zu erlassende Urteil in dem Falle zu stellen sei, wenn die Klage von einem unlegitimierten Vertreter erhoben ist. Während nach Gaupp, Anm. V Bb zu § 84 und Ulbricht S. 69 dieses Urteil nur auf den Namen der vertretenen Partei lauten kann, sieht Eccius (Gruchot 29, S. 6) den die Klage anstrengenden Unbevollmächtigten, sobald die Vertretung im Laufe des Prozesses sich als nicht berechtigt herausstellt, als die eigentlich klagende Partei an. Ihm gegenüber sei zu Gunsten des Prozeßgegners zu entscheiden. Eccius befaßt sich zwar nicht mit der Frage, welche Form und welcher Inhalt dieser Entscheidung zu geben sei. Aber in Konsequenz seiner Anschauung muß man ein auf den Namen des Vertreters gestelltes Urteil, das die Abweisung der Klage ausspricht, annehmen. Dieser Auffassung ist auch Friedländer.

Im Gegensatz zur herrschenden Meinung steht Just (civ. Arch. Bd. 68 S. 316 ff.) Er hält in denjenigen Fällen, in denen nach der herrschenden Meinung „Abweisung angebrachtermaßen" durch Urteil zu erfolgen hat, einen Einstellungsbeschluß des Gerichts für notwendig. Da durch den Vollmachtsmangel die Sache überhaupt nicht rechtshängig geworden sei, könne ein Urteil nicht erlassen werden. Diese Ansicht erledigt sich schon durch den Hinweis darauf, daß die C.-P.-O. abweichend vom Strafprozeß Einstellungsbeschlüsse nicht kennt.

Eccius a. a. O. behauptet, daß von dem seiner Ansicht entgegengesetzten Standpunkte (s. o.) aus im Falle eine Klage von einem unlegitimierten Vertreter erhoben sei, ein zu ent-

---

[1]) z. B. Friedländer S. 333. — Ulbricht S. 56, 57 und die dort S. 68, Anm. 30 citierten.

scheidender Rechtsstreit überhaupt nicht vorliege. Das Gericht müsse sich darauf beschränken, dies festzustellen, ohne eine richterliche Entscheidung abgeben zu können. Einen ähnlichen Standpunkt nimmt Wach ein. Er sagt (Bd. I S. 602 ff.), es fehle die Klage, es fehle der Kläger, wenn es an der Legitimation des klagenden Vertreters fehle, es bedürfe daher eines Urteils nicht; nihil actum est; jedoch sei eine Entscheidung im Kostenpunkte (Verurteilung des Pseudovertreters) nicht ausgeschlossen; auch sei ein abweisendes, nicht in der Sache selbst entscheidendes Urteil keineswegs unzulässig und dann unentbehrlich, wenn der Pseudovertreter die Klage aufrecht erhalten wolle.

Daß Gaupp und Planck eine Zurückweisung des Vertreters vor dem Eintritte in die Verhandlung für möglich halten und damit das Verfahren beendet sein lassen, ist bereits erwähnt (s. o. S. 29). Da sie hierzu eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich erklären, ist es konsequent, wenn sie für die Entscheidung des Gerichts die Form des Beschlusses angewendet wissen wollen.

Gaupp Anm. VBb zu § 84 nimmt bei ursprünglichem Mangel aber auch die Notwendigkeit eines Urteils, durch das die Klage von der Instanz abzuweisen sei, dann an, wenn der Vertreter, der im Besitze genügender Vollmacht zu sein behauptet, zur Verhandlung zugelassen worden ist.

Es ist bereits oben auseinandergesetzt, daß die Prozeßhandlungen des unlegitimierten Vertreters nicht von vornherein nichtig sind; sie sind es nur für den Fall, daß die Genehmigung nicht erfolgt. Mithin kann auch der Klageerhebung, die durch oder gegen den unlegitimierten Vertreter erfolgt, nicht von vornherein jede Wirkung abgesprochen werden. Der Vollmachtsmangel kann vielmehr den Eintritt der Rechtshängigkeit zunächst nicht verhindern. Der § 230 (253) C.-P.-O. in Verbindung mit § 121 (130) Nr. 6 C.-P.-O. läßt ersehen, daß auch die C.-P.-O. die Erhebung einer Klage durch einen Geschäftsführer ohne Auftrag, also durch einen Unbevollmächtigten kennt. Nach § 235 (263) C.-P.-O. begründet aber die Erhebung der Klage die Rechtshängigkeit der Streitsache, eine Bestimmung, die ganz allgemein gefaßt und nicht auf besondere Fälle beschränkt ist. Vor der mündlichen Verhandlung kann der Vollmachtsmangel überhaupt nicht geprüft werden und zur Erörterung gelangen. Die Rechtshängigkeit der Sache tritt daher ein, bevor der Vollmachtspunkt irgendwie hätte berücksichtigt und verwertet werden können. Es kann also der unlegitimierte Vertreter nicht verhindert werden, eine Sache

für den Vertretenen, ebensowenig eine Partei eine Sache durch Zustellung an einen unlegitimierten Vertreter gegen den Vertretenen rechtshängig zu machen. Würde man die Rechtshängigkeit verneinen, so könnte einer zweiten Klage des unlegitimierten Vertreters oder der Klage eines anderen ohne Vollmacht die Einrede der Rechtshängigkeit nicht entgegengesetzt werden. Allerdings kann man sich gegenüber der Klage des Vertretenen selbst nicht auf Rechtshängigkeit der Streitsache berufen, aber nicht aus dem Grunde, weil der ersten Klage die Rechtshängigkeit mangelt, sondern weil in der Anstellung der Klage durch den Vertretenen selbst die Versagung der Genehmigung, welche die Vernichtung der gesammten Prozeßthätigkeit des Vertreters bedeutet, zu erblicken ist. Umgekehrt kann hingegen der Vertretene, gegen den durch Zustellung der Klage an einen unlegitimierten Vertreter eine Klage erhoben wurde, einer neuen ihm selbst zugestellten Klage gegenüber die Einrede der Rechtshängigkeit geltend machen.[1]) Hierin wäre dann gleichzeitig eine Genehmigung des ersten Prozesses zu erblicken.

Daß der Vollmachtsmangel den Eintritt der Rechtshängigkeit an sich nicht zu finden vermag, wird denn auch von der herrschenden Meinung anerkannt.[2])

Aber diese Klageerhebung mit Wirkung für oder gegen den angeblich Vertretenen und die dadurch hervorgerufene Rechtshängigkeit ist keine definitive. Nur vorläufig sind die Wirkungen der Klageerhebung, also auch die Rechtshängigkeit der Streitsache für oder gegen den Vertretenen, an die Klagezustellung durch oder gegen den unlegitimierten Vertreter geknüpft. Nur von einer suspensivbedingten Rechtshängigkeit kann man reden, von einer Rechtshängigkeit, abhängig von der Genehmigung des Vertretenen. Erfolgt der Eintritt der Bedingung, die Genehmigung des Vertretenen, nicht, so wird damit der Prozeßthätigkeit des Vertreters die Bedeutung einer Thätigkeit mit verpflichtender Wirkung für den Vertretenen

1) Wach S. 595, Anm. 4 gegen Just.

2) Wach S. 595, Ulbricht S. 63, A. M. Just S. 325, Gaupp Anm. III zu § 33 Schmidt S. 838 vertreten mit der herrschenden Meinung den Satz, daß es für das Entstehen der Rechtshängigkeit nicht darauf ankomme, ob die Klage ordnungsmäßig und rechtsgültig erhoben sei oder ein Mangel in den Prozeßvoraussetzungen vorliege.

Fitting S. 196 unterscheidet zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit. Erstere entsteht nach ihm durch Erhebung einer jeden, wenn auch unzulässigen Klage, letztere nur bei Erhebung einer Klage in zulässiger Weise.

Vgl. auch Schmidt S. 837, der unter Anhängigkeit denjenigen Zustand der Urteilsbedürftigkeit des Anspruchs versteht, der durch Klage irgend einer Partei gegenüber dem Gerichte eintritt und die prozessualen Wirkungen der Rechtshängigkeit begründet.

genommen. Es ist dadurch klargestellt, daß der Vertreter nicht berechtigt war, eine Klage für den Vertretenen zu erheben, daß es zur Zustellung an den Vertretenen überhaupt nicht gekommen ist. Es liegt mithin eine Klageerhebung für oder gegen den Vertretenen überhaupt nicht vor, die Sache ist für oder gegen den Vertretenen nicht rechtshängig, ein Prozeß des Vertretenen überhaupt niemals existent geworden. Das ist auch der Grund, weshalb man sich, wie schon hervorgehoben wurde, gegenüber der Klage des Vertretenen selbst auf Rechtshängigkeit der Streitsache nicht berufen kann. Der Vertreter ist überhaupt nicht Kläger oder Beklagter geworden. Es kann mithin auch nicht die Rede davon sein, daß die vom Gerichte zu fällende Entscheidung auf den Namen des Vertretenen zu stellen ist. Andererseits darf man aber die Prozeßthätigkeit des Vertreters, die Kosten der Parteien sowohl wie des Gerichts hervorgerufen haben kann, nicht einfach als nicht existierend betrachten. Mit Recht weist Ulbricht S. 56 darauf hin, daß ein Rechtsstreit, ein Prozeß vorliegt. Der unlegitimierte Vertreter, der die Klage erhoben hat, verlangt eben, daß die von ihm erhobene Klage als Klage des Vertretenen gelte; die Partei, die dem unlegitimierten Vertreter zugestellt hat, begehrt Verurteilung des Vertretenen. Dieser Rechtsstreit bedarf aber bei den sich widersprechenden Anträgen der Beteiligten der gerichtlichen Entscheidung. Es ist oben bereits darauf hingewiesen, daß diese Entscheidung nicht Sachentscheidung sein, daß sie vielmehr nur die Zwecklosigkeit des Verfahrens konstatieren kann, indem sie die gestellten Anträge aus dem Grunde zurückweist, weil in diesem Verfahren über die materielle Berechtigung nicht erkannt werden darf. Eine die Rechte des Vertretenen präkludierende materiell wirksame Entscheidung zur Hauptsache kann nicht ergehen.

Eine derartige Entscheidung pflegt man technisch als absolutio ab instantia, Abweisung angebrachtermaßen, zu bezeichnen.[1]) Zu kleiden ist diese Entscheidung stets in die Form des Urteils.

Als Formen für die Entscheidungen des Gerichts kennt die C.-P.-O. den Beschluß und das Urteil. Das letztere setzt eine mündliche Verhandlung voraus und ist im ordentlichen Rechtsstreite, wo eine solche obligatorisch ist, stets vorgeschrieben. Das Urteil ist die einzige Art der Beendigung des ordentlichen Rechtsstreites durch Richterspruch und von dieser Regel

[1]) Vgl. Fitting S. 196 und 201, der allerdings nicht Rechtshängigkeit, sondern nur Anhängigkeit der Klage annimmt, es aber für notwendig erklärt, daß diese Anhängigkeit durch Urteil angebrachterweise wieder beseitigt werde.

giebt es keine Ausnahme, auch für den vorliegenden Fall der absolutio ab instantia nicht.[1]) Daß dieses Urteil nicht Versäumnisurteil sein kann, ist bereits nachgewiesen. Den Gegensatz zum Versäumnisurteil bildet das contradiktorische Urteil, dessen Zulässigkeit jedoch keineswegs davon abhängt, daß beide Parteien sich widersprechende Anträge gestellt haben. Jedes Urteil, das nicht Versäumnisurteil ist, ist contradiktorisch.[2]) Contradiktorisch ist mithin auch jenes Urteil, durch das der Richter die Abweisung der Klage angebrachtermaßen ausspricht.

Daß diese Entscheidung im vorliegenden Falle nicht auf den Namen des Vertretenen lauten kann, ist bereits im Vorstehenden erörtert worden. Der Umstand, daß sie durch Urteil getroffen werden muß, ist ein Grund mehr für die Richtigkeit dieser Auffassung. Das leuchtet ein, wenn man bedenkt, daß die Stellung des Urteils auf den Namen des Vertretenen die ungeheuerliche Konsequenz hätte[3]), daß, im Falle die Klage von einem unlegitimierten Vertreter erhoben ist, die Kosten des Prozesses dem Vertretenen, dem der anhängige Rechtsstreit völlig unbekannt war, zur Last gelegt werden müßten (s. u. § 12.). Bei dieser Unmöglichkeit, das Urteil auf den Namen des Vertretenen als Partei zu stellen, bei der Notwendigkeit eines Urteils, vor allem einer Kostenentscheidung (§ 279 (308) Abs. 2 C.-P.-O.) bleibt nichts anderes übrig, als den Vertreter selbst als Partei zu behandeln und das Urteil auf seinen Namen zu stellen. Er ist es eben gewesen, der durch seine Klagezustellung den Prozeß ins Leben gerufen und die Thätigkeit des Gerichts und des Gegners hervorgerufen hat. Nicht die Klage des A., für den B. als Geschäftsführer ohne Auftrag oder als Bevollmächtigter ohne Beibringung einer Vollmacht auftritt, wird abgewiesen, sondern die Klage des B., der sich fälschlich als Vertreter des A. gerierte.

---

[1]) Vgl. R.-G. 18, S. 384: „Welche rechtlichen Folgen sich ergeben, wenn der Kläger gegen eine prozeßunfähige Person die Klage gerichtet hat, kann nur durch Urteil entschieden werden."

[2]) Sogar das Anerkennungsurteil. Bolgiano S. 193.

[3]) Diese Konsequenz wird von Gaupp, Anm. IV B zu § 54, V 2 B b zu § 84 (vgl. auch Schmidt 809) auch gezogen. Nach ihm bindet die Entscheidung im Kostenpunkte allerdings den Kläger als eine res inter alios acta nicht. Es läge also eine inhaltlich wertlose und zwecklose Entscheidung vor. Dann würde man besser gar keine Entscheidung über den Kostenpunkt treffen, vgl. jedoch § 279 (308) Abs. 2 C.-P.-O.

§ 12.

Entscheidung über die Kosten.

In jedem Verfahren ist von Amtswegen neben der die Sache selbst zum Abschluß bringenden gerichtlichen Entscheidung eine weitere darüber erforderlich, welcher der Parteien die durch ihren Streit verursachten gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten zur Last fallen. Nach § 279 (308) Abs. 2 hat das Gericht über die Kostenfrage auch ohne Antrag zu erkennen und wenn die Endentscheidung den Kostenpunkt ganz oder teilweise übergangen hat, so ist sie auf Antrag nachträglich zu ergänzen.[1])

Die Frage, welche Partei die Prozeßkosten zu tragen hat, ist auch in den Fällen, welche den Gegenstand dieser Erörterung bilden, nach den allgemein gültigen Regeln zu entscheiden.

Ueber die in einem teilweise mangelhaften Verfahren durch rechtsgültige Handlungen der Parteien selbst oder deren legitimierten Vertreters entstandenen Kosten muß in gleicher Weise erkannt werden, wie es sonst in einem ordnungsmäßigen Verfahren geschieht. Für diese bewendet es also bei den gewöhnlichen Bestimmungen der §§ 87 (91) ff., sie sind regelmäßig der in der Hauptsache unterliegenden Partei aufzuerlegen. § 87 (91).

Sehr bestritten ist aber die Frage bezüglich der durch die Prozeßführung des unlegitimierten Vertreters entstandenen Kosten, da die C.-P.-O. eine besondere direkte Bestimmung hierüber nicht enthält. Hier liegt der Gedanke nahe, ob nicht dem unlegitimierten Vertreter neben oder an Stelle der Parteien die Prozeßkosten ganz oder teilweise zur Last zu legen sind, welche er durch sein Auftreten ohne Nutzen für die von ihm vertretene Person verursacht hat.

Dieser Erfolg wird durch die von uns im vorigen Paragraphen getroffene Entscheidung, wonach der unlegitimierte Vertreter, der eine Klage erhoben hat, als Partei zu behandeln ist, für diesen Fall auch erreicht. Der unlegitimierte Vertreter, der mit seiner Klage abgewiesen ist, hat als unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreites zu tragen. Zwar kommen auch andere Schriftsteller, die nicht der im vorigen Paragraphen vertretenen Auffassung sind, zu gleichem Resultate. Ulbricht

---

1) Damit erledigt sich auch die Ansicht derjenigen Autoren, vgl. Just, Wilmowski-Levy, Endemann, Planck, die den Gegner wegen seine Ansprüche auf Kostenerstattung auf eine besondere Klage verweisen. Hält man mit uns ein Urteil für erforderlich, dann muß über die Kosten des Rechtsstreites auch im anhängigen Prozesse entschieden werden.

z. B. S. 69, 70, der den Vertretenen als Partei behandelt, legt dem unlegitimierten Vertreter die Kosten auf, weil die Kostenpflicht nicht notwendig mit der Parteistellung verbunden sei. Voraussetzung für die Entstehung der Kostenpflicht sei vielmehr, daß einer der Prozeßbeteiligten in formell oder materiell unbegründeterweise die nach dem Gesetze objektiv kostenpflichtige Prozeßthätigkeit veranlaßt habe.[1])

Andere folgern die Kostenpflicht des Vertreters aus der Bestimmung des § 85, die sich direkt auf die durch die Prozeßführung des unlegitimierten Vertreters verursachten Kosten bezieht, wonach, wie schon erwähnt, das Gericht dem Vertreter Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden auferlegen kann, bevor es ihn zur Prozeßführung einstweilen zuläßt.

Die hier in Frage kommenden §§ 87—96 (91—102) C.-P.-O. sprechen immer nur von einer Partei, welche die Kosten zu tragen hat. Auf Grund dieser Bestimmungen kann mithin nur eine Partei zur Tragung der Kosten verurteilt werden, nicht aber irgend eine Person, der eine Parteirolle nicht zugesprochen werden kann. Betrachtet man nun mit Ulbricht bei ursprünglichem Mangel den Vertretenen als Partei, so kann auf Grund der vorerwähnten §§ der Vertreter, im Falle er die Klage erhoben hat, nicht zur Tragung der Kosten verurteilt werden. Die weitere Bestimmung, daß gesetzliche Vertreter, Rechtsanwälte und andere Bevollmächtigte zur Tragung derjenigen Kosten verurteilt werden können, welche sie durch grobes Verschulden veranlaßt haben, würde, auf den unlegitimierten Vertreter angewendet, die Kostenpflicht desselben immer nur dann begründen, wenn er die Kosten durch sein grobes Verschulden veranlaßt hätte. Der Nachweis eines solchen wird aber nur in sehr wenigen Fällen zu erbringen sein. Die Thatsache allein, daß der Vertreter seine Legitimation nicht darzuthun vermag, ist ein genügender Beweis nicht. Im Gegenteil, fast immer wird derjenige, der sich freiwillig für einen anderen den Unannehmlichkeiten eines Prozesses aussetzt, dies, falls es unentgeltlich geschieht, nur aus dringenden wichtigen Gründen unternehmen und, geschieht es des erhofften Honorars halber, nur dann damit sich befassen, wenn er entweder schon bevollmächtigt war oder doch eine Genehmigung seiner Prozeßführung in nach seinem Ermessen sicherer Aussicht hat. Solche Umstände schließen aber ein grobes Verschulden vollständig aus. Der § 97 (102) C.-P.-O. ist also für unseren Fall nicht anwendbar.

---

1) Aehnlich Planck I S. 379. — Kohler S. 81, 82.

Auch die vorerwähnte Bestimmung des § 85 (89) kann man für die Kostenpflicht des Vertreters nicht ins Feld führen. Während allerdings Boas S. 308 ff. diese Bestimmung für durchschlagend hält und erklärt, daß sich daraus mit zwingender Notwendigkeit ergebe, daß die Kosten dem Vertreter zur Last gelegt werden müssen, gibt Ulbricht, der die Verurteilung des Vertreters zur Tragung der Kosten ebenfalls befürwortet, zu, daß die im § 85 anerkannte Haftbarkeit des unlegitimierten Vertreters für Kosten und Schäden noch nicht beweist, daß die Verurteilung auch im schwebenden Prozesse bereits erfolgen müsse. Man kann noch einen Schritt weiter gehen und mit Recht behaupten, daß dadurch, daß dem Gerichte die Befugnis zuerkannt ist, den unlegitimierten Vertreter nur gegen Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden zuzulassen, noch keineswegs die materiell rechtliche Haftbarkeit desselben für Kosten und Schäden allgemein anerkannt und noch viel weniger statuiert ist. Diese Frage ist vielmehr ganz nach dem sonst geltenden Rechte zu beantworten und die Bestimmung des § 85 kann nur den Sinn haben, dem Gegner wie auch der fälschlich vertretenen Person, falls sie einen Ersatzanspruch für die ihnen erwachsenen Kosten und Schäden haben sollten, bereits jetzt eine Sicherheit zu schaffen, die sie nach gerichtlicher Feststellung ihrer Ansprüche in Anspruch nehmen können.

Der von Ulbricht vorgeschlagene Weg führt mithin bezüglich der Kosten zu einer Verurteilung des Vertretenen, nicht zu einer Verurteilung des unlegitimierten Vertreters. Diese letztere wird nur dann erreicht, wenn man bei ursprünglichem Mangel den klagenden Vertreter bei Aufdeckung des Mangels als Partei ansieht. Die vorstehenden Ausführungen bilden daher auch ein wertvolles Argument für die hier vertretene Auffassung, wonach bei ursprünglichem Mangel nicht der Vertretene, sondern der Vertreter als Partei zu behandeln sei.

Ebenso wie bei ursprünglichem Mangel ist auch bei nachfolgendem Mangel zu entscheiden. Auch hier müssen die sämtlichen Kosten von der unterliegenden Partei getragen werden und es kann hier für die durch die Prozeßthätigkeit des unlegitimierten Vertreters entstandenen Kosten keine Ausnahme zugelassen werden. Es soll zwar nicht verkannt werden, daß es dem Rechtsgefühle wenig entspricht, wenn einer Partei die Kosten auferlegt werden, die ein Dritter durch sein Eingreifen in den Prozeß und ohne ihr Wissen unbefugter Weise verursacht hat. Es bedürfte aber einer besonderen gesetzlichen Bestimmung, um es zu ermöglichen, bei nachfolgendem Mangel den unlegitimierten Vertreter zur Tragung der Kosten, die von ihm ver-

ursacht wurden, im anhängigen Rechtsstreite zu verurteilen; eine solche findet sich aber nicht. Ein Unterschied in der Behandlung der Prozeßkosten darf überhaupt nicht gemacht werden, dieselben sind vielmehr ohne Rücksicht darauf, ob sie durch die Prozeßführung des Vertreters entstanden sind oder nicht, der Partei aufzuerlegen, der sie nach §§ 87 ff. C.-P.-O. zur Last fallen. Der davon betroffenen Partei, für die der unlegitimierte Vertreter auftrat, muß es dann überlassen bleiben, den ihr nach Civilrecht etwa zustehenden Anspruch gegen den Vertreter im Wege besonderer Klage geltend zu machen.

Die Motive S. 110 erklären die Frage, ob und inwieweit der unlegitimierte Prozeßvertreter bei ausbleibender Genehmigung der Prozeßführung dem Gegner für die Kosten und Schäden verantwortlich sei, für eine civilrechtliche außerhalb des Bereiches der Prozeßordnung liegende. Auch die Reichstagskommission stellt sich durch Ablehnung eines den entgegengesetzten Standpunkt vertetenen Antrages auf diesen Standpunkt. Darin bekundet sich die Auffassung, daß das Fehlen einer gesetzlichen Bestimmung, auf Grund deren der Vertreter zur Tragung der Prozeßkosten verurteilt werden könnte, nicht etwa eine Lücke, die etwa durch Analogie oder aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ausgefüllt werden könnte, bildet, daß vielmehr der unlegitimierte Vertreter in dem schwebenden Prozesse nicht verurteilt werden soll. Wie aus dem vorstehenden ersichtlich ist, trifft das nur bei nachfolgendem Mangel zu, während, im Falle die Klageerhebung von einem unlegitimierten Vertreter ausging, die Kostenpflicht desselben sich aus den gewöhnlichen Bestimmungen der C. P.-O. ergiebt.

Das geltende deutsche Civilprozeßrecht, welches den vorstehenden Ausführungen zu Grunde gelegt ist, ist einer weitreichenden hauptsächlich durch die Einführung des B. G.-B. für das deutsche Reich veranlaßten Umgestaltung unterzogen worden. Diese Umgestaltung fand ihren Ausdruck durch das Gesetz betreffend Aenderung der C.-P.-O. nebst dem zugehörigen Einführungsgesetze. Ein ferneres Gesetz vom 17. Mai 1898 ermächtigt den Reichskanzler zur Bekanntmachung verschiedener Reichsgesetze, darunter auch der Civilprozeßordnung. Diese Bekanntmachung ist unter Berücksichtigung der Novelle vom 17. Mai 1898 am 20. Mai 1898 erfolgt. Die Novelle enthält zu dem erörterten Gegenstande im Allgemeinen keine neuen Bestimmungen. Es soll also speziell in den Fragen, ob und unter welchen Voraussetzungen nach fruchtlosem Ablauf der nach § 85 C.-P.-O. zu bestimmenden Frist eine Sachentscheidung oder eine Abweisung angebrachtermaßen, ein kontradiktorisches oder

ein Versäumnisurteil zu ergehen und gegen welche Personen sich die Entscheidung zu richten hat, das bisherige Verfahren beibehalten werden. Nur bezüglich der Kostenfrage findet sich eine Neuerung. Der jetzige § 89 enthält noch eine Bestimmung, die im § 85 nicht enthalten war, nämlich:

„Ist zu der Zeit, zu welcher das Endurteil erlassen wird, die Genehmigung nicht beigebracht, so ist der einstweilen zur Prozeßführung zugelassene, zum Ersatze der dem Gegner in Folge der Zulassung erwachsenen Kosten zu verurteilen, auch hat er dem Gegner die in Folge der Zulassung entstandenen Schäden zu ersetzen."

Die Begründung des Entwurfs bemerkt hierzu folgendes: „Die Frage, inwieweit der Gegner für die Kosten und Schäden Ersatz erlangen kann, die ihm dadurch entstehen, daß die andere Partei die Genehmigung der Prozeßführung oder die Ausstellung einer Vollmachtsurkunde verweigert, ist in der C.-P.-O. nicht geregelt. Aus den Vorschriften des B. G.-B. aber läßt sich eine Haftung des Vertreters nur begründen, wenn er vorsätzlich und wider besseres Wissen seine Zulassung zur Prozeßführung bewirkt hat. Der Schutz, der hiermit dem Gegner gewährt wird, ist völlig unzureichend. In der That erscheint es unter den bezeichneten Umständen als ein Gebot der Gerechtigkeit, daß stets derjenige die Gefahr trägt, durch dessen Handeln das fragliche Ergebnis herbeigeführt worden ist, also der Vertreter."

In diesen Ausführungen der Motive liegt zugleich eine Bestätigung der hier allerdings nur für den Fall des nachfolgenden Mangels vertretenen Ansicht, daß nach dem geltenden Rechte eine Verurteilung des Vertreters zur Tragung der Prozeßkosten in dem anhängigen Prozesse nicht möglich ist.

Für die Zukunft, vom 1. Januar 1900 ab, soll nun der unlegitimierte Vertreter zum Ersatze der dem Gegner *in Folge der Zulassung* erwachsenen Kosten verurteilt werden und zwar in jedem Falle. Diese Verurteilung geschieht im anhängigen Rechtsstreite.[1]) Es wird daher für die Zukunft unter Umständen eine zweifache Kostenentscheidung erforderlich sein, indem dem unlegitimierten Vertreter die durch seine Zulassung dem Gegner erwachsenden Kosten und der unterliegenden Partei gerade so wie bisher die sonstigen Prozeßkosten zur Last zu legen sind. Wird im Falle des ursprünglichen Mangels auf Seiten des Klägers das Urteil auf den Namen des Vertreters gestellt, so wird die Kostenentscheidung eine einheitliche. Für diesen Fall

1) So die Begründung.

ist durch die positive Bestimmung der Novelle nur der frühere Zweifel geklärt.

Anders beim nachfolgenden Mangel. Hier wird infolge der durch die Novelle geschaffenen Notwendigkeit einer zweifachen Kostenentscheidung eine Härte, die sich nach altem Rechte nicht vermeiden ließ, gehoben. Der unlegitimierte Vertreter trägt die durch seine der Genehmigung entbehrende, die Partei die durch ihre Prozeßthätigkeit entstandenen Kosten.

Die prozessuale Behandlung ist in beiden Fällen die gleiche. Auch die dem Vertreter zur Last zu legenden Kosten sind ihm im Urteil aufzuerlegen und zwar ohne daß es — das beweist § 89 in Verbindung mit § 308 Abs. 2 C.-P.-O. — eines besonderen dahingehenden Antrages bedarf. Ist eine Entscheidung über die von dem Vertreter zu tragenden Kosten nicht erfolgt, so ist nach § 321 C.-P.-O. das Urteil auf Antrag durch nachträgliche Entscheidung zu ergänzen.

Die Liquidierung der Kosten erfolgt dann im Kostenfestsetzungsverfahren nach den Vorschriften der §§ 130 ff. C.-P.-O.

Worin die dem Gegner zu erstattenden Kosten bestehen, ergiebt § 91. Danach umfaßt die Kostenerstattung auch die Entschädigung des Gegners für Zeitversäumnis. Die Verpflichtung des unlegitimierten Vertreters zur Zahlung dieser Entschädigung ist mithin schon durch die Bestimmung des § 89, wonach der einstweilen Zugelassene zum Ersatze der dem Gegner erwachsenen Kosten zu verurteilen ist, vorgeschrieben. Daraus ergiebt sich, daß die weitere Vorschrift des § 89: „auch hat er dem Gegner die in Folge der Zulassung entstandenen Schäden zu ersetzen“, eine über die Kostenerstattungspflicht hinausgehende, materiell rechtliche Schadensersatzpflicht des Vertreters statuiert. Der Vertreter hat nicht nur die dem Gegner erwachsenen Kosten, sondern den ganzen ihm entstandenen Schaden, das Interesse, also auch den entgangenen Gewinn zu ersetzen. Hierzu den Vertreter im anhängigen Prozesse bei Gelegenheit der Endentscheidung zu verurteilen, dürfte wohl nicht angängig sein. Die Festsetzung dieser Schäden dem ohne obligatorische mündliche Verhandlung stattfindenden, ohne Urteil abschließenden und sich wesentlich auf schriftlicher Grundlage aufbauenden Kostenfestsetzungsverfahren zu überlassen, geht nicht an. Zur Verurteilung des unlegitimierten Vertreters durch besondern Beschluß analog § 102 C.-P.-O. bedürfte es einer besonderen gesetzlichen Bestimmung. In Ermanglung einer solchen bleibt nichts anderes übrig, als diese Schäden im besonderen Prozesse einzuklagen.

§ 13.

Verfahren in den höheren Instanzen.

Die bisher erörterten Grundsätze sind in gleicher Weise wie in einem Verfahren erster Instanz auch in den höheren Instanzen anwendbar.

In diesen letzteren ist jedoch für die Entscheidung neben dem Unterschied zwischen ursprünglichem und nachfolgendem Mangel noch der weitere zu berücksichtigen, ob der Mangel sich als bereits in einer früheren Instanz vorhanden herausstellt oder ob er erst in der anhängigen höheren entstanden ist.

Im letzteren Falle ergiebt die Anwendung jener Grundsätze keine Schwierigkeiten, nur daß die zu fällende Entscheidung sich allein auf das eingelegte Rechtsmittel bezieht.

Handelt es sich also um einen erst in der höheren Instanz entstandenen ursprünglichen Mangel, so ist das Rechtsmittel entweder nicht von einem dazu befugten eingelegt oder die Zustellung ist nicht an eine nach § 164 (179) C.-P.-O. dazu legitimierte Person erfolgt.

Stellt sich das erstere heraus, so liegt zwar eine trotz des formellen Mangels wenn auch bedingt gültige Einlegung des Rechtsmittels vor.

Denn nach § 121 Nr. 6 (130) C.-P.-O. der in den §§ 480 (519) (Berufung) und 516 (554) (Revision) ausdrücklich für anwendbar erklärt ist, kann auch ein Geschäftsführer ohne Auftrag ein Rechtsmittel einlegen. Nachdem aber die Bedingung eingetreten und nunmehr die Einlegung des Rechtsmittels infolge der ex tunc wirkenden Kraft des formellen Mangels ungültig geworden ist, ist nunmehr nach den §§ 497 (535) 529 (566) C.-P.-O. das Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen.

Dasselbe hat zu geschehen, wenn der ursprüngliche Mangel der Vollmacht auf Seiten des Rechtsmittelbeklagten liegt, da hier ein formeller Mangel vorliegt, der das Rechtsmittel schon von vornherein als unzulässig erscheinen läßt.

Es macht hierbei keinen Unterschied, ob außer der Einlegung des Rechtsmittels auch die frühere Instanz mit einem ursprünglichem oder auch nachfolgendem Vollmachtsmangel behaftet war. Gaupp S. 229 ist allerdings der Meinung, daß auch das vom falsus procurator eingelegte Rechtsmittel den wenn auch bezüglich seiner Gültigkeit für die Partei in Schwebezustand befindlichen Prozeß in die höhere Instanz zu bringen vermag und nun auf Grund des Rechtsmittels das

ganze bisherige Verfahren einschließlich der unterrichterlichen Entscheidung aufgehoben werden muß.[1]) Gaupp behandelt hier also das Rechtsmittel als wirksam eingelegt, obschon auch seiner Auffassung nach, wenn in der unteren Instanz die Vertretung eine ordnungsmäßige ist, das Rechtsmittel, mag nun der Mangel auf Seiten des Rechtsmittelklägers oder des Gegners begründet sein, ungültig erhoben, also als unzulässig zu verwerfen ist. In unserem Falle ist aber bei dem Rechtsmittel der Mangel ebenfalls begründet und daher dasselbe ebenfalls unzulässig erhoben, also als unzulässig zu verwerfen. Wach S. 604 nimmt dies auch an, erklärt aber, daß im Falle der Mangel auf Seiten des Rechtsmittelklägers liegt, ungeachtet der Verwerfung des Rechtsmittels die unterinstanzliche Entscheidung und das Verfahren aufzuheben und entweder endgültig anderweit zu entscheiden oder das Verfahren in die untere Instanz zurückzuweisen sei. Eine Begründung für diese Ansicht giebt Wach nicht und es ist nicht verständlich, warum er, im Falle der Mangel auf Seiten des Rechtsmittelbeklagten liegt, anderer Meinung ist. Für diesen Fall bemerkt er einfach (S. 609), es sei, wenn die unterinstanzliche Vertretung eine ordnungsmäßige nicht war und wenn die Zustellung des angefochtenen Urteils und des Rechtsmittels nicht an einen bestellten Prozeßbevollmächtigten geschehen sein sollte, das Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen. Dieses letztere scheint auch in jenem ersteren Falle das Richtige zu sein. Zwar bewirkt auch die mangelhafte Einlegung des Rechtsmittels, daß der Prozeß in die höhere Instanz gebracht wird (Gaupp) insofern, als das Gericht der höhern Instanz gezwungen wird, sich mit der Sache zu befassen. Die Wirkungen aber, welche der bei Einlegung des Rechtsmittels vorhandene Vollmachtsmangel, mag er auf Seiten des Rechtsmittelklägers oder beklagten vorliegen, dann hat, wenn er in der unteren Instanz nicht vorhanden war, dürften doch auch im vorliegenden Falle eintreten. Sie bestehen darin, daß das Rechtsmittel als unzulässig erhoben erscheint und daher zu verwerfen ist. Ist aber das Rechtsmittel verworfen, so ist damit das Verfahren für die Instanz beendet und dem Gerichte fehlt das Fundament, auf welches es eine weitere Entscheidung in der Sache aufbauen könnte. Ebensowenig kann die Sache zu neuer Entscheidung an die untere Instanz zurückgewiesen werden. Denn die Frage, ob das eine oder das andere zu thun ist, kann das Gericht erst beschäftigen, nachdem es die Frage der Zu-

---

1) Derselben Meinung, R.-G. 11, S. 94.

lässigkeit des Rechtsmittels geprüft und bejaht hat. Das Gericht hat also auch in diesen Fällen das eingelegte Rechtsmittel als unzulässig angebrachtermaßen zu verwerfen. Es mag der daran interessierten Partei überlassen bleiben, das Rechtsmittel zum Zwecke der Geltendmachung des in der unteren Instanz vorhandenen Mangels nochmals aber formell gültig einzulegen. Zeit und Gelegenheit ist hierzu noch vorhanden, da mangels gehöriger Zustellung der Vorentscheidung der Lauf der Rechtsmittelfrist noch nicht begonnen hat.

Handelt es sich dagegen um einen in höherer Instanz entstandenen nachfolgenden Mangel, so ist bei mängelfreier Unterinstanz zu prüfen, ob das durch gültige Prozeßakte in der höheren Instanz beigebrachte, dem Gerichte ordnungsmäßig unterbreitete Material die in der Instanz ordnungsmäßig gestellten Sachanträge als begründet erscheinen läßt oder nicht. Je nach dem Ergebnisse dieser Prüfung ist den Anträgen gemäß oder auf Zurückweisung derselben zu erkennen.

War der Mangel bereits in der unteren Instanz vorhanden, ohne in derselben bei der gerichtlichen Entscheidung berücksichtigt worden zu sein, obschon er hätte beachtet werden müssen, so treffen die letzthin aufgestellten Grundsätze ebenfalls zu.

Wenn jedoch in der höhern Instanz ein unlegitimierter Vertreter überhaupt nicht mitgewirkt hat, das Rechtsmittel vielmehr von der einen oder anderen Partei rechtsgültig eingelegt worden ist, so kann demselben der Erfolg nicht versagt werden, da die erste Entscheidung jedenfalls zu Unrecht erlassen ist. Sie muß daher rektifiziert werden. Dies kann je nach den für das betreffende Rechtsmittel gegebenen Vorschriften entweder in der anhängigen Instanz geschehen, oder es ist unter Aufhebung der früheren Entscheidung sowie des bisherigen Verfahrens, soweit es von dem Mangel betroffen ist, die Sache zu anderweitiger Entscheidung an das Gericht der früheren Instanz zurückzuverweisen.